

J. rom. m.

486. u

Thiele, das Leben des Episcopus
probrant an den rescripte. 1811.

J. nom. m.

486 m

Thiele



**Das Wesen des Gemeingebrauches an den
res privatae, unter besonderer Berück-
sichtigung seines Verhältnisses zu den Servi-
tuten, nach gemeinem Recht.**

inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Thiele

Referendar, aus Berlin.

Approbiert am 11. Mai 1898.

Berlin.

Druck von E. Ebering.

Mohrenstrasse 59.



Meinen Eltern

in treuer Liebe.

Inhaltsübersicht.

	Seite.
Einleitung § 1.	7
Erster Abschnitt: Das Wesen des Gemeingebrauches an den res privatae.	
§ 2. Geschichtliche Entwicklung und Stand der Lehre.	10
§ 3. Die analoge Gestaltung des usus publicus an den res privatae mit dem usus publicus an den res publicae	17
§ 4. Der Gegensatz des usus publicus an den res privatae zu den Servituten	19
§ 4a. Das Fehlen eines berechtigten Subjektes	21
§ 4b. Scheidung der Fälle in die beiden Kategorien der Servituten zu Gunsten grösserer personeller Kreise und des usus publicus an res privatae im eigentlichen Sinne. .	35
Zweiter Abschnitt: Die Erfordernisse des usus publicus an den res privatae.	
§ 5. a. Ein publicistischer Akt:	
α . bei der Begründung.	58
β . bei der Aufhebung.	68
§ 6. b. Eine res privata	71
§ 7. c. Ein öffentlicher Zweck	74
Dritter Abschnitt: Der Schutz des usus publicus an den res privatae. § 8.	76
Anhang: Der usus publicus an den res privatae nach dem A. L. R. § 9.	82

Einleitung.

§ 1.

Es ist ein Ergebnis der Entwicklung unserer modernen Zeit, dass sich die schroffen Grenzen zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht gemildert haben, und dass oft ein dem Gemeinwohl erspriessliches Ineinanderfliessen stattfindet. Der kulturelle Fortschritt der Völker, der dem menschlichen Egoismus in so mancher Beziehung die Rücksichtnahme auf soziale Bestrebungen aufzwang, hat auch hier Wandel geschaffen. Von den schüchternen Anfängen der Römer, wie sie sich in den „milden Stiftungen“ offenbaren, führt eine ununterbrochene Kette bis in die moderne Zeit, welche jene sozialen Bestrebungen auf dem Höhepunkt zeigt. Der Staat will nicht mehr allein der Vertreter seiner Bürger nach aussen, sondern auch der Förderer ihrer Interessen nach innen, der Hüter ihrer wirtschaftlichen Existenz, der Helfer in der Not sein. Und nicht nur der Staat allein, jeder seiner Bürger giebt von dem Seinen dazu, indem er am sozialen Ansgleich der wirtschaftlichen Lage zu seinem Teile mitarbeitet. So entstanden unzählige Stiftungen, Anstalten, Kassen etc., deren materielle Hülfe viel

Segen schafft. Aber auch das Ideale leidet nicht, und so finden wir das Bestreben, künstlerische Leistungen auf jedem Gebiete durch Aussetzen von Preisen etc. zu veranlassen, zu fördern und einen stetigen Wettkampf in der Arena des Geistes zu schaffen.

Das alte Rom war von einer derartigen sozialen Ausgleichung weit entfernt. Dort, wo die würdevolle und mitunter schroffe Betonung des Privat-Eigentums vorherrschte, und wo der Bürger jedem Eindringling mit irgend einer der vielen ihm zu Gebote stehenden Klagen und Interdikte zu Leibe ging, hätte eine Widmung von Privateigentum für öffentliche Zwecke zu den Seltenheiten gehört. Wir hören wohl von mannigfachen Eingriffen, die sich der Privatmann in sein Eigentum gefallen lassen muss, aber stets ist es das Gesetz, das ihn zwingt, um der Vorteile willen, die es ihm am Eigentum anderer gewährt, nun auch seinerseits nicht zurückzustehen. Dass jemand aber nicht aus Zwang, sondern freiwillig andere Menschen teilnehmen lässt an der Fülle des Seinen — das ist erst eine Erscheinung moderner Zeitströmungen, das Produkt der sozialen Durchsetzung unserer Verhältnisse. Gottlob ist die Zahl der Fälle nicht mehr gering, in denen ein glücklicher Besitzer seinen Mitmenschen die Schönheiten seines Besitzes nicht vorenthalten, sondern sie mitgeniessen lassen will. Bald ist es ein Park, bald eine Gemälde-Galerie oder ein Museum, eine Bibliothek, deren Pforten sich auf ein Machtwort des Eigentümers der grossen Menge erschliessen, damit

sich nun in der Bewunderung durch andere der Spendende erst recht seines Besitzes erfreue.

Diese Fälle der Vermischung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Verhältnissen, in denen der Allgemeinheit am Privat-Eigentum Rechte gewährt werden, bieten vom juristischen Standpunkt aus hohes Interesse. Man hat diese echten Kinder moderner Zeit bisher in der Litteratur ein wenig stiefmütterlich behandelt. Umso eingehender hat der Verfasser versucht, in den folgenden Kapiteln ihre Eigenarten zu ergründen und zu beleuchten.

Erster Abschnitt.

Das Wesen des Gemeingebrauches an den *res privatae*.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung und Stand der Lehre.

Es wird allgemein anerkannt, dass auch *res privatae* einem sog. Gemeingebrauch unterworfen werden können. Soviel steht fest, dass die Römer sowohl *res publicae* in publico usu, wie *res privatae* in publico usu kannten. Jedoch lassen die in den Quellen enthaltenen recht dürftigen Andeutungen den Schluss zu, dass es sich zumeist um sog. Legalservituten handelte.

Hierzu kann man z. B. den Fall des *usus publicus ripuarum* in den § 4 J. de rer. div. 2, 1 rechnen:

riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, fures ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare. sed proprietas earum illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in isdem natae eorundem sunt.

Hier wird ausgesprochen,¹ dass das Ufer zwar in Privat-Eigentum stehe, aber dennoch dem usus publicus unterworfen sei. Die Vergleichung des usus publicus am Ufer mit dem Gemeingebrauch am Flusse selbst zeigt aber, dass wir es mit einer sog. Legalservitut zu thun haben.

Einen besseren Fall des usus publicus an res privatae² giebt die l. 2 § 23 D. ne quid in loco publico 43,8 :

privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat.

Diese Stelle scheidet seltsamerweise 2 Fälle der viae privatae. Einmal sind es gewöhnliche Wege, deren Benutzung dem Nachbar kraft einer Servitut zusteht, und die mit dem öffentlichen Recht nicht in Berührung kommen. Sodann aber rechnet die Stelle auch solche Wege zu den viae privatae, deren Grund und Boden einem Privatmanne gehört, deren Benutzung aber ein Recht aller ist. Das unterscheidende Merkmal dafür, ob der Weg als ein öffentlicher oder ein privater erscheint, ist also hiernach das Eigentum des Bodens, auf dem die Last der Benutzung ruht.

Im übrigen herrscht in den Quellen keine scharfe Scheidung nach dem Prinzip, dass, wenn ein solum

1. Vgl. auch l. 5 fr. D. de div. rer. 1,8.

2. Vgl. auch l. 1 § 2 D. de his qui eff. 9,3: dummodo per eum — sc. locum publicum aut locum privatum — vulgo iter fiat; und l. 31 D. ad leg. Aquil. 9,2: cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat.

publicum vorliegt, es sich um eine *via publica*, wenn ein *solum alienum seu privatum* vorliegt, aber um eine *via privata* handelt. Namentlich die sog. Gemeindewege (*viae vicinales*) wurden als Mittelding und Zwischenstufe zwischen *viae privatae* und *publicae* eingeschoben. (l. 3 pr. D. de locis et itin. 43,7.) Ganz allgemein heisst es sogar einmal, dass zu den *viae publicae* auch diejenigen dem Gemeingebrauch unterliegenden Wege gehören, deren Grund und Boden im Privateigentum steht.¹

Gerade in diesem Ausspruch liegt u. E. eine Andeutung und ein Anhalt dafür, dass die Römer die Verquickung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verhältnisse, wie sie sich im sog. *usus publicus an res privatae* darstellt, mehr dem öffentlichen Recht, wie dem Privatrecht unterstellten. Es zeigt sich hier, dass das öffentliche Recht einen Teil des Privatrechtes okkupiert und zu sich hinüber zieht, sodass das Verhältnis einen öffentlichrechtlichen Charakter annimmt, und man mit der Zeit dahin kommt, Sachen, welche im Privateigentume stehen, sogar als öffentliche zu bezeichnen, nur, weil sie dem Gemeingebrauch unterliegen.

Ohne bestimmt zu präzisieren, stellen die Römer den *usus publicus an res privatae* in der von ihnen gekannten, noch recht primitiven Ausbildung mehr als ein Gebilde des öffentlichen, als des Privatrechts dar und treffen damit das u. E. Richtige.

1. Ubbelohde: Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauches. (Sonderausgabe von Glücks Pandekten-Kommentar, Serie der Bücher 43 u. 44 Teil 4.) Erlangen 1893. S. 211.

Im Gegensatz hierzu fassen jedoch viele Schriftsteller diesen *usus publicus an res privatae*, der uns erscheint als Ueberwucherung des öffentlichen Rechts im Gebiet des Privatrechts, als ein privatrechtliches, auf servitutischer Basis beruhendes Gebilde auf.¹

Um zu dieser Frage Stellung nehmen zu können, halten wir es für zweckmässig, in erster Linie die Natur des *usus publicus* überhaupt zu untersuchen. Man streitet bekanntlich darum, ob der *usus publicus* ein *jus in re aliena* oder aber ein Recht eigener Art ist, das als Ausfluss der allgemeinen bürgerlichen Existenz bezeichnet werden kann.

Kappeler² definiert ihn als „der allen einzelnen Staatsangehörigen gleichmässig freistehende Gebrauch.“

Bekker³ entwickelt folgende Ansicht:

„Die Rechte aller: Das Objekt dieser Rechte ist im vorliegenden Falle eine Sache, das Recht selber also ein dingliches. Es ist aber ein Recht besonderer Art, da es vom einzelnen nicht erworben, noch verloren, folglich auch nicht übertragen werden kann, sondern ohne weiteres jedem zusteht und zuständig bleibt, so lange der Gemeingebrauch überhaupt dauert; also ein

1. Vgl. Elvers: Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856 S. 288; Heinrich Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. Göttingen 1867. S. 114.

2. Kappeler: Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts, Zürich 1867. S. 40.

3. Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886. Band I. S. 342.

Recht von Geldwert, gleichwohl aber kein Vermögensrecht.“

Ubbelohde (a. a. O. S. 174):

„Dieses Recht auf die Benutzung der res in publico usu ist ein dingliches, einem servitutischen Nutzungsrechte sehr ähnliches Recht, welches unter Umständen erheblichen Vermögenswert haben kann.“
[Quasi-Servitut.]

Eisele¹ stellt bekanntlich den aus dem französischen Recht übernommenen Begriff des „publicistischen Eigentums“ auf, das nach seiner Ansicht der Staat an seinen öffentlichen Sachen hat. Dieses Eigentum ist nach ihm dasjenige, dem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent sei. Der Gemeingebrauch ist also ein publicistisches Recht, welches die Rückseite des publicistischen staatlichen Eigentums an den öffentlichen Sachen sei. Er sei bei letzteren nicht etwas Zufälliges, sondern begrifflich Notwendiges.

Eisele meint m. a. W.: Die öffentlichen Sachen seien in erster Linie da, um von allen benutzt zu werden; der Bestimmung, diesen öffentlichen Zwecken zu dienen, entspreche als Correlat das allgemeine Benutzungsrecht. Der usus publicus ist nach Eisele also gleichsam der Niederschlag der den öffentlichen Sachen durch das objektive Recht gewordenen Bestimmung.

1. Eisele: Ueber das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. S. 27.

Wir halten den Gemeingebrauch nicht für ein *jus in re aliena*, wie Bekker und Ubbelohde, trotzdem wir der Dernburg'schen Theorie¹ folgen, dass die öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates oder einer Gemeinde stehen. Obwohl sich somit der Konstruktion nach — wie Bekker hervorhebt — ein Recht an einer fremden, nämlich dem Staate oder einer Gemeinde gehörenden, Sache ergibt, liegt dennoch nicht ein *jus in re aliena* vor. U. E. darf man hier nicht mit den Konstruktionen des Privatrechtes operieren. Zwar ist das Eigentum des Staates oder einer Gemeinde an den öffentlichen Sachen gewöhnliches Privateigentum, so dass Staat oder Gemeinde sich auch als Eigentümer gerieren, und wie ein solcher über die betreffenden Sachen verfügen kann; aber aus dem ganzen Wesen und der Zweckbestimmung von Staat und Gemeinde geht hervor, dass sie sich gewissen Schranken und gewissen sonderrechtlichen, auf ihre Aufgaben und Ziele zugeschnittenen Rechtssätzen beugen müssen. Ihre Verfügungen, die sie zwar gleich dem Privatmanne über die öffentlichen Sachen treffen können, sind deshalb nur modifiziert zugelassen: sie dürfen nur durch Akte öffentlichrechtlicher Natur verfügen. Für sie besteht eine Art Sonderrecht, das gleichsam einen Sicherheitsriegel darstellt, um jedem Versuche ihrerseits vorzubeugen, die öffentlichen Sachen eigenmächtig durch privatrechtliche Akte ihrem Zweck zu

1. Dernburg, Pandekten. Berlin 1892. III. Auflage I. S. 166.

entfremden.¹⁾ Derartige Akte würden auch bei der Verfügung über öffentliche Sachen sich als unzweckmässig und unzulänglich erweisen, weil sie des Lichtes der breiten Öffentlichkeit entbehren würden und deshalb nicht die unbedingt erforderliche allgemeine Beachtung finden könnten.

Soweit der öffentliche Zweck der öffentlichen Sachen nicht gefährdet erscheinen sollte, soweit kann der Staat oder eine Gemeinde über dieselben durch privatrechtliche Akte verfügen, andernfalls muss man zu den mehr Gewähr bietenden Akten öffentlichrechtlicher Natur seine Zuflucht nehmen. Somit ist es wohl möglich, dass an den öffentlichen Sachen, soweit es ihr öffentlicher Zweck zulässt, Servituten und ähnliche, dem Privatrecht entlehnte Nutzungsrechte für Dritte begründet werden können.

Der *usus publicus* jedoch, der die öffentlichen Sachen ihrer Bestimmung gemäss allen dienstbar macht, ist dem Privatrecht entzogen und in das *jus publicum* verwiesen. Da das Eigentum an den öffentlichen Sachen in angedeuteter Beziehung dem Privatrecht entrückt ist und nur publicistische Akte im Sinne des staatlichen Sonderrechtes zulässt, so muss der *usus publicus* als Verwirklichung des öffentlichen Zweckes dieser Sachen dem öffentlichen Recht eingefügt und dort ganz und gar unter dem Gesichtspunkt des erwähnten Sonderrechtes konstruiert werden. Diese Konstruktion zeigt ihn aber nicht als ein *jus in*

1. Dernburg, a. a. O. S. 167.

re aliena, sondern als ein eigenartiges Persönlichkeitsrecht, das jedem kraft seiner Zugehörigkeit zum Staate oder zur Gemeinde von diesen so zu sagen schon als Pathengeschenk in die Wiege gelegt wird und ihm ipso jure anfällt. Es ist nicht auf eine bestimmte Person gestellt, sondern der Allgemeinheit zugestanden, man hat es nicht individualisiert, sondern jedem verliehen und nicht mit einer einzelnen Person, sondern mit der Persönlichkeit als solcher verknüpft. Unter diesem Gesichtspunkt erklärt sich seine Unvererblichkeit, Unveräusserlichkeit, Unverzichtbarkeit und die Erscheinung, dass es von einzelnen weder erworben noch verloren werden kann.¹

§ 3.

Die analoge Gestaltung des usus publicus an res privatae mit dem usus publicus an res publicae.

Dieses Persönlichkeitsrecht, das jedem als Ausfluss seiner bürgerlichen Existenz zukommt und ihm in keiner Weise verkümmert werden darf, besteht in erster Linie an den res publicae, d. h. den Sachen, die dazu bestimmt sind, den öffentlichen Zwecken unmittelbar zu dienen.

1. Alles dies beweist den Gegnern jedoch nicht, dass hier ein Recht vorliegt, das jedem als Glied der Gesamtheit ipso jure gemäss den Zwecken und Zielen von Staat oder Gemeinde zukommt, sondern wird von ihnen damit erklärt, dass man es hier mit einem „Privatrecht besonderer Art“ zu thun habe. So Bekker, S. 342 und Ubbelohde, S. 174.

Aber Staat und Gemeinde sorgen weiter; auch werden die Aufgaben der Zeit immer grösser. Die strenge Absonderung von Staat und Privatmann, von öffentlich und privat mildert sich im gegenseitigen Interesse, und so steigert sich die Entwicklung sehr bald dahin, dass die Sachen des Staates oder der Gemeinde nicht mehr ausreichen und dass Privateigentum mit zum öffentlichen Dienst herangezogen wird und den öffentlichen Zwecken nunmehr wenigstens mittelbar dienen soll.

So entsteht der *usus publicus* an den *res privatae*: Privateigentum wird in irgend einer Beziehung zu Gunsten des Staates oder einer Gemeinde beschränkt. Es verfolgt zwar noch in erster Linie das Privateinteresse seines Eigentümers, aber es dient in zweiter Linie irgend einem öffentlichen Interesse, dem Gemeinwohl. Das Verhältnis ist hier umgekehrt, wie bei den *res publicae*, die in erster Linie die öffentlichen Interessen befriedigen und erst in zweiter Linie für den Staat, der doch ihr Eigentümer ist, in Betracht kommen. Beide Konstruktionen gehören aber dem öffentlichen Recht an. Der *usus publicus* an *res privatae* ist in jeder Beziehung dem an *res publicae* analog gestaltet, in seiner Unveräusserlichkeit, in seiner Unverzichtbarkeit und in der Art seines *ipso-jure*-Erwerbes. Auch er untersteht dem besprochenen Sonderrecht. Die mit ihm belasteten Privatsachen können also durch Akte privatrechtlicher Natur den öffentlichen Zwecken, denen sie unmittelbar zu dienen haben, nun nicht mehr entfremdet werden. Fortan

sind in dieser Beziehung die durch das Sonderrecht vorgeschriebenen erschwerenden Formen einzuhalten.

Der usus publicus an den res privatae erscheint demnach als Analogon des usus publicus an res publicae und somit gleichfalls als Persönlichkeitsrecht, nicht aber als ein „servitutähnliches Nutzungsrecht.“

Dieser letzteren, vielfach allerdings nicht weiter ausgebauten Theorie haben sich namentlich Bekker und Ubbelohde angenommen und besonders Ubbelohde, der schon den usus publicus an den res publicae für ein jus in re aliena ansieht, geht beim usus publicus an den res privatae noch einen Schritt weiter und sucht ihn in jeder Beziehung dem Privatrecht zu unterstellen.

§ 4.

Der Gegensatz des usus publicus an den res privatae zu den Servituten.

Dass Berechtigungen aller an Privatsachen, z. B. einer Bilder-Galerie, einem Schlosse, einer Parkanlage, ganz ähnlich einer Servitut gestaltet sind, kann und soll auch von uns nicht bestritten werden. Wir verwerfen jedoch die Ansicht, dass durch dies Moment der Charakter des Gemeingebrauches an Privatsachen als der eines servitutischen Nutzungsrechtes bewiesen sei. Der Gemeingebrauch als solcher beschränkt allerdings fremde Sachen, seien es solche des Staates, bezw. einer Gemeinde, oder Privater, aber dieses Anklingen an die Servitut berechtigt nicht dazu, dass

einige Schriftsteller den *usus publicus an res publicae* als ein *jus in re aliena*, weit mehr aber den *usus publicus an res privatae* als eine „öffentlichrechtliche Servitut“ bezeichnen.

Schon in dem Namen selbst liegt ein Widerspruch, denn er zeigt eine Vermengung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Es dokumentiert sich u. E. hier wiederum das Bestreben, jede Rechtsbildung unter eine bestimmte typische Kategorie einzureihen.¹

Viele, wie z. B. Ubbelohde gehen von dem Obersatz aus, dass der Gemeingebrauch an den *res publicae* zu einem Privatrecht geworden sei, und kommen von diesem Obersatz zu der oben erwähnten Auffassung, dass der *usus publicus an den res privatae* ein vollkommenes Privatrecht darstelle. Einen Beweis für den Obersatz erbringt aber keiner. In Rom war der Gemeingebrauch kein Privatrecht. Es bestand zu seinem Schutze eine jedem offenstehende Interdiktenklage. Zwar ist letztere im gemeinen Recht umgestaltet worden, jedoch vermag dieses Argument der Gegner, dass nämlich die Interdikte zum Schutze des Gemein-

1. Die sog. „staatsrechtlichen“ und „völkerrechtlichen“ Servituten stellen dagegen nicht eine Vermengung von öffentlichem Recht und Privatrecht dar. Sie räumen nicht irgend welche „Privatrechte“ einem fremden Staate ein, sondern beschränken nur die Staatsgewalt des belasteten Staates. Sie sind also vollkommene öffentliche Gebilde, für die man aus dem Privatrecht den passenden Namen einer Servitut entnahm, ohne jedoch damit andeuten zu wollen, dass sie den privatrechtlichen Servituten verwandt seien.

gebrauches den Privaten nur noch zur „Wahrung ihrer besonderen Interessen“ zustehen, allein nicht den Schluss rechtfertigen, dass nun auch eine Umbildung des ursprünglichen öffentlichen Rechtes zu einem Privatrecht stattgefunden hat. Darin liegt nicht so sehr eine Umbildung, als vielmehr eine Einschränkung ihrer Anwendung, indem der doppelte Zweck, den die Interdikte früher verfolgten (Schutz allgemeiner und eigener Interessen) infolge der modernen Rechtsentwicklung überflüssig wurde, da der früher fehlende Schutz nunmehr von anderer Seite wahrgenommen wird. Finden wir doch bei den römischen Privatdelikten eine ganz ähnliche Umgestaltung: der einzelne vertritt jetzt nicht mehr, wie früher, zugleich das öffentliche Interesse, indem er die bei der mangelhaften staatlichen Organisation fehlende Vergeltung übt und seinerseits im Namen des Staates die Strafe einfordert, sondern er macht nur noch seine eigenen Ersatzansprüche geltend.

§ 4a.

Das Fehlen eines berechtigten Subjektes.

Den Gegnern und ihrem Hauptvertreter Ubbelohde, der die einschlägigen Fragen etwas eingehender erörtert, macht es Schwierigkeit, festzustellen, wer das Subjekt derartiger durch einen *usus publicus* an den *res privatae* geschaffener Berechtigungen ist.

Zumeist — so führt Ubbelohde aus — hilft man sich damit, in solchen Fällen eine Gerechtsame der

Gemeinde für ihre Glieder für vorliegend zu erachten, welche erstere kraft ihrer Vertretungsbefugnis für diese wahrzunehmen habe. Die Entscheidung jedoch, wer der eigentliche Berechtigte sei, bleibt dabei ebenso schwierig und dunkel wie das Wesen der Gerechtsame der Gemeinde selbst.

Praxis und Theorie haben sich nun mehrfach mit diesem „dunklen Wesen der Gerechtsame der Gemeindeglieder“, d. h. kurz des usus publicus an den res privatae, und damit beschäftigt, wer als das Subjekt dieser Gerechtsame zu bezeichnen sei.

Diese beiden Fragen sind in verschiedener Weise beantwortet worden. Interessant ist die Auffassung des Reichsgerichtes, die in verschiedenen Erkenntnissen, am präzisesten im Bande 14 No. 54 niedergelegt ist. Das Reichsgericht kommt dort zu dem Schluss, dass die Rechtsentwicklung namentlich in Folge der Einwirkung des deutschen Rechtes das römische Recht dahin abgeändert habe, dass von dem Erfordernisse eines bestimmten praedium dominans bei der Servitutbestellung abgesehen werden könne. Es bespricht den Fall, ob eine Servitut des Inhalts möglich sei, dass die (einem Privatmanne gehörende) Ruine eines Schlosses nebst Anlagen mit dem Zugang über einen bestimmten Fussweg dem gesamten Publikum für ewige Zeiten zum Besuche und beliebigen Aufenthalt offen stehen sollen. Gleich verschiedenen früheren Erkenntnissen (so z. B. Band IV No. 38) spricht sich das Reichsgericht dafür aus, dass

„die moderne Rechtsentwicklung über das römische

Recht hinaus gegangen sei und auch das „Bestehen einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines territorialen oder personellen Kreises zugelassen habe, sofern dieselbe nur die Befriedigung eines konkret begrenzten Bedürfnisses zum Gegenstande hat und den Charakter der Dauer (*causa perpetua*) an sich trägt.“ Nachdem darauf hingewiesen ist, dass eine Gemeinde zum Besten ihrer Gemeindeangehörigen die Inhaberin einer Servitut, namentlich einer Wegegerechtigkeit sein kann, heisst es weiter: „kann aber einer Gemeinde eine Wegegerechtigkeit zustehen, so kann man es auch nicht für rechtlich unstatthaft halten, dass eine Gemeinde an einer dem Zwecke des Vergnügens und der Erholung dienenden Privatanlage (Park, Garten und dergl.) eine Servitut des Inhalts besitze, dass ihre Gemeindeangehörigen berechtigt seien, dieselbe zu besuchen und sich daselbst diesen Zwecken entsprechend aufzuhalten. Nun soll freilich kraft der in Rede stehenden Servitut das Recht zum Besuche der Schlossberganlagen nicht blos den Angehörigen der klagenden Gemeinde, sondern jedermann, dem gesamten Publikum gewährt sein. Allein auch die rechtliche Statthaftigkeit einer solchen Ansdehnung der Servitut ist nicht zu beanstanden. Denn der Umfang, in welchem eine einer Gemeinde zustehende Servitut rechtlich zu existieren vermag, kann nur abhängen von dem Umfange des bezüglichlichen Interesses der Gemeinde. Eine Gemeinde ist aber vermöge ihres Interesses an der Hebung des Verkehrs in ihrem Bezirk und der ihr obliegenden Verkehrsanlagen aller Art

auch daran interessiert, dass die in der Gemeinde verkehrenden Auswärtigen an der Benutzung der den Gemeindeangehörigen zum Gemeingebrauch offenstehenden Verkehrsanlagen teilnehmen dürfen.

In der That hat auf dem Gebiete der Servitutenlehre eine grosse Umwälzung stattgefunden, die viele der früheren römisch-starren Anschauungen geändert hat. Eine Widmung, wie sie das Reichsgericht in seinem Erkenntnis bespricht, war den Römern fremd. Wollte jemand einmal dem Staate und der Gesamtheit etwas Gutes erweisen, so sollte er es auch ganz thun, so sollte er ein Denkmal, einen Park, eine Sammlung u. s. w. ganz und gar dem Gemeinwohl widmen, ein Mittelding, ein Zusammengeniessen in dieser Beziehung erschien den Römern unverständlich. So sind sie denn streng dabei geblieben, dass Servituten nur zu Gunsten einer Person oder eines Grundstückes möglich seien, und haben weitere Kreise und die Allgemeinheit von dem Genuss ausgeschlossen. Nur beim Niessbrauch zu Gunsten einer juristischen Person wurde zuerst eine Ausnahme gemacht, indem hier auch einer Gemeinde Rechte zugestanden wurden. Damit kam ein öffentlich-rechtliches Element in die Lehre der Servituten. Aber noch ein zweites lag in der Zulassung der juristischen Personen. Wenn die Römer bisher daran festgehalten hatten, dass nur eine bestimmte Person, resp. ein bestimmtes Grundstück die Berechtigten sein durften, so wurde das jetzt insofern anders, als bei der juristischen Person der Kreis der Berechtigten nicht ein eng geschlossener, sondern ein

dem stetigen Wechsel unterworfen war. Es äusserte sich dies zwar nur indirekt, denn der Nutzen kam der juristischen Person, z. B. der Gemeinde als solcher, und nicht den einzelnen Mitgliedern (Bürgern) zu Gute. Die Römer sind aber hierbei nicht stehen geblieben, denn sie kamen auch dazu, bei den Personalservituten (bei den Realservituten wäre es überflüssig gewesen) die Berechtigung erst auf den Erben des Berechtigten, dann weiter auch auf den Erben dieses Erben u. s. w. abzustellen. Sie schufen dadurch die sog. eventuellen Servituten, welche dem Effekte nach eine Vererblichkeit der Personalservituten bedeuteten.¹ Es soll dies nur beweisen, dass die Römer bei ihrem ehemaligen Princip, dass die Servitut einen bestimmten Berechtigten verlange, nicht stehen geblieben sind. Die Konsequenz wird von der herrschenden Lehre gezogen, indem die Bestimmung der l. 56 D. de usufr. 7,1 (nach welcher der Niessbrauch zu Gunsten einer juristischen Person nicht länger als 100 Jahre dauern solle: *periculum enim esse videbatur, ne perpetuus usus fructus fieret*) nur noch im Zweifel Anwendung finden soll, d. h. in dem Falle nicht, wo der Uebergang auf die Erben ausdrücklich festgesetzt wird.²

Wir sehen also das alte römische Recht nach und nach an Starrheit verlieren. Weder die Beziehung auf ein bestimmtes Subjekt als Berechtigten, noch das Erfordernis der Beschränkung auf die Dauer der Lebens-

1. Vgl. Elvers, a. a. O. S. 119—121.

2. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 7. Auflage I, § 215.

zeit des Berechtigten bei Personalservituten bleibt bestehen. Damit war der Uebergang zum modernen Recht gegeben.

Namentlich war es der Gerichtsgebrauch, der sich dieser Weiterbildungen der römischen Servituten-Typen annahm, und es vermochte, der ganzen Lehre ein mehr deutschrechtliches Gepräge zu verleihen. Einige dieser Weiterbildungen gingen von den irregulären Personalservituten der Römer aus. Die irregulären Personalservituten waren Realservituten unter einer Resolutivbedingung, d. h. vom Leben der Person, für die sie irregulärer Weise statt des Grundstücks bestellt waren, in ihrer Dauer abhängig. Mit der Zeit führte dies im Verein mit der oben besprochenen Möglichkeit der Vererbung der Personalservituten dahin, dass Personengesamtheiten an die Stelle der früher verlangten bestimmten Einzelperson traten, sodass sich die einzelnen neben einander herlaufenden irregulären Personalservituten des Nutzens und der gemeinsamen Interessen der Einzelberechtigten halber vereinigten zu einer irregulären Gesamt-Personalservitut.

Auch die einer juristischen Person zustehenden Personalservituten erfuhren einen weiteren Ausbau. Wir haben oben darauf hingewiesen, dass sie nur indirekt ihren einzelnen Gliedern zu nutzen vermochten, indem die einer juristischen Person zustehenden Niessbrauchrechte von den Organen wahrgenommen, und die aus ihnen resultierenden materiellen Ergebnisse in das Gesamtvermögen überführt wurden. Lassen wir aber einmal den Normalfall des Niessbrauches, der den Römern stets

vorschwebte, fallen und konstruieren wir z. B. eine usus-Servitut zu Gunsten einer juristischen Person. Hier, wo es sich um persönliche Befugnisse und oftmals mehr um Annehmlichkeiten handelte, als um Rechte, die auf materielle Ergebnisse hinausliefen und die deshalb eine mehr stellvertretende Ausübung zuließen, hier genügte eine Wahrnehmung der Interessen der einzelnen Mitglieder durch die Organe nicht, sondern widersprach direkt dem Wesen der Servitut und den Intentionen der Besteller. Deshalb trat die Gesamtheit als juristische Person zurück zu Gunsten der einzelnen Glieder, die nun die eigentlich Berechtigten wurden. Es bildeten sich so Personalservituten zu Gunsten grösserer personeller Kreise.

Aehnlich mag auch die Entwicklung auf dem Gebiete der Realservituten gewesen sein. Das starre Recht der Römer, das hier ein bestimmtes Einzelgrundstück, das *praedium dominans*, verlangte, wurde bald unter den Erfordernissen der modernen Zeit brüchig. Wie sich (s. oben) allmählich eine irreguläre Gesamt-Personalservitut bilden konnte, so entwickelte sich hier etwas ähnliches. Statt dass mehrere Realservituten nebeneinander zu Gunsten verschiedener Grundstücke entstanden, die durch ihre örtliche Lage so manche Interessen ihrer Eigentümer zu gemeinsamen machten, wurde es möglich, dass nun von vornherein mehrere Grundstücke als Gesamtheit, als ein aus selbständigen Teilen zusammengesetztes *praedium dominans* auftraten. Realservituten zu Gunsten grösserer territorialer Kreise waren damit gegeben.

Dass die römische Servitutenlehre in moderner Zeit diese von uns geschilderte Entwicklung genommen hat, bezeugen überaus zahlreiche Entscheidungen höherer Gerichte und des Reichsgerichtes. So wird in Seuffert's Archiv Band 26 No. 4 entschieden, dass als das erforderliche herrschende Grundstück (es handelt sich um eine Wegerechtigkeit) „die Gesamtgemarkung der Gemeinde, bezw. der Complexus der den Ort bildenden Häuser oder eines bestimmt abgegrenzten Bestandtheiles desselben“ anzusehen sei. Im 8. Bande des Seuffert'schen Archives No. 113 heisst es:

„Das deutsche Recht, insonderheit der Gerichtsgebrauch, erkennt die rechtliche Existenz solcher Servituten, deren Subjekt eine Gemeinde im Ganzen ist, auch ohne besondere Berücksichtigung eines dabei als praedium dominans vorausgesetzten bestimmten Grundstückes an.“

Recht eingehend wird die Frage im 42. Bande des Seuffert'schen Archives No. 101 besprochen. Es heisst da u. a.:

„Servitutenrechte dieser Art und speziell das von der Beklagten vorliegend in Anspruch genommene enthalten freilich dem römischen Recht gegenüber die Anomalie, dass sie weder als Prädial- noch als reine Personalservituten bezeichnet werden können. Denn sie werden weder zu Gunsten eines Grundstückes noch zu Gunsten bestimmter Personen, sondern zu Gunsten der wechselnden Mitglieder einer durch die Dorfgemeinschaft verbundenen Personalgesamtheit in Anspruch genommen. Indessen sind die römisch-recht-

lichen Grundsätze auf diesem Gebiet durch das deutsche Recht modificiert worden, nach welchem derartige Servitutrechte zulässig sind, sofern nur das Bedürfnis, welches zu befriedigen, bzw. der Zweck, welchem zu dienen sie bestimmt sind, erkennbar begrenzt sind.“

Unser bisheriges Ergebnis ist also, dass infolge moderner, auf deutsch-rechtlicher Grundlage beruhender Modifikation des römischen Rechtes die Möglichkeit einer Servitutbegründung zu Gunsten grösserer personeller und territorialer Kreise gegeben ist.

Von dieser Auffassung ausgehend hat auch das Reichsgericht in dem oben angeführten Falle Band 14 No. 54 eine Grunddienstbarkeit für vorliegend erachtet, nach deren Inhalt jedermann das Recht der Nutzung an den Anlagen zusteht. Die eigentlich Berechtigte ist die Gemeinde und mittelbar erlangen erst die Gemeindemitglieder und weiter jedermann, d. h. das gesamte Publikum, das gleiche Recht.

Bei dieser Konstruktion erscheint der *usus publicus* an den *res privatae* als ein nach Analogie einer Prädialservitut geartetes Privatrecht des durch seine Angehörigen beteiligten Gemeinwesens. Dieses von manchen als „öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit“ bezeichnete Privatrecht ist nach unseren Ausführungen zu konstruieren als eine Realservitut zu Gunsten territorialer Kreise.

In der That kommt Ubbelohde auf S. 127 zu diesem Schluss.

Das Reichsgericht sieht also in dem Rechte des Publikums, einen Park zu benutzen — sicherlich eine

Beschränkung einer *res privata* zu Gunsten aller — ein der Gemeinde zustehendes Recht privatrechtlicher Natur, das infolge moderner Entwicklung diesen ungeahnten, kaum noch zu erweiternden Umfang angenommen hat. Mit eiserner Konsequenz beharrt es auf der ursprünglich römischen Anschauung, dass bei derartigen Einschränkungen des Privateigentumes durch Rechte der Gesamtheit ein servitutischer Charakter sich dokumentiert, und baut auf dieser Grundlage immer weiter bis zu schwindelnder Höhe. Seltsam muss es erscheinen, weshalb es den losen Faden, der diese Rechtsgebilde mit dem Begriff der Servitut verbindet, immer fester zu knüpfen bestrebt ist. Im vorliegenden Fall besteht zwar ein Recht des Inhalts, dass das Publikum befugt sein solle, einen Privatpark zu benutzen. Dennoch ist das Publikum eigentlich garnicht berechtigt. Das eigentliche und unmittelbare Recht kommt der Gemeinde zu. Das sog. Recht des Publikums ist aber nur ein Afterrecht und verdankt sein Dasein nur einer That der Gemeinde. Letztere hielt es für ihre Pflicht, als Fürsorgerin und Pflegerin der gemeinen Interessen eine Servitut an dem Parke zu begründen und liess an diesem ihrem Rechte alle, die kraft ihrer Zugehörigkeit zur Gemeinde einen Anspruch darauf haben, teilnehmen. Dieses mittelbare Recht bringt das Hauptrecht allerdings erst zur thatsächlichen Verwirklichung, ist aber rechtlich eine Art des von den Römern so streng verpönten „Rechtes am Rechte“ eine Servitut an der Servitut der Gemeinde, somit eine

Konstruktion, die die Römer mit dem Satze: *servitus servitutis esse non potest* zurückwiesen.

Ubbelohde hilft sich hier (S. 136) mit der Erklärung:

„es handelt sich in Wahrheit garnicht um ein Recht des einzelnen an dem Rechte des Gemeinwesens, sondern vielmehr um ein kraft des letzteren dem einzelnen an der dienenden Sache selbst gewährtes Recht: Die Servitut des Gemeinwesens hat gerade den Inhalt, dass dessen einzelne Angehörigen die bestimmte Nutzung machen dürfen.“

Diese Erklärung ist geschickt und zeugt von der konsequenten Durchführung der Theorie, welcher Ubbelohde huldigt. Er weist darauf hin, dass die Servituten zu Gunsten grösserer Kreise eigentlich Rechte darstellen, die den Gliedern der Kreise selbst gewährt sind. In der That stellen die grösseren territorialen oder personellen Kreisen gewährten Servitutenrechte weiter nichts dar, als die Summe der den einzelnen Gliedern zugestandenen Einzelrechte. Der Kreis als solcher ist nur die Durchgangsstation, die zur wirksamen Begründung zusammengefasste Vertretung nach aussen.

Soweit ist Ubbelohde und dem Reichsgericht beizupflichten. Mit dieser Erklärung, dass es sich rechtlich nicht so sehr um ein der Gemeinde als einem grösseren territorialen Kreise gewährtes Recht, sondern eigentlich um ein den Gemeindegliedern selbst zugestandenes Recht handelt, widerspricht sich Ubbelohde aber selbst, denn die soeben mühsam konstruierte,

selbst für eine Servitut im modernen Sinne noch unbedingt erforderliche Beziehung zu einem bestimmten Berechtigten lässt er nun wieder fallen, indem er an die Stelle der Gemeinde (als praedium dominans) die einzelnen Gemeindeglieder setzt.

Diesen Widerspruch mit seiner zuerst kundgegebenen Ansicht scheint Ubbelohde allerdings gefühlt zu haben, indem er auf S. 130 ausruft:

„Allein weshalb denn überhaupt noch an der Bezeichnung „Grunddienstbarkeit“ festhalten!“

Er entwickelt dann die Anschauung, dass derartige Rechte, wie sie das Reichsgericht im Bande 14 erörtert, weit eher als immerwährende Personalservituten aufzufassen seien. In dieser Weise sucht er seine Theorie zu decken, indem er nunmehr die der Gemeinde zustehende Gesamt-Servitut auflöst in eine Unzahl von den Gemeindegliedern infolge ihrer Mitgliedschaft zustehenden Einzel-Servituten.¹

In dieser Weise werden die „beiden dunklen Fragen“, einmal nach dem Wesen derartiger Rechte der Gesamtheit an Privatsachen, und sodann nach dem Subjekte derselben vom Reichsgerichte und von Ubbelohde beantwortet. Das Wesen erscheint dem Reichsgericht als eine moderne Servitut zu Gunsten eines territorialen Kreises, Ubbelohde als eine immerwährende Personalservitut, das berechtigte Subjekt ist nach dem Reichsgericht die Gemeinde als erweitertes praedium dominans, nach Ubbelohde die zur Einheit zusammengeschweisste Mehrheit der Gemeindeglieder

1. cf. hierzu unsere Ausführungen S. 26.

Hierin ist u. E. Wahres mit Falschem vermischt. Solange die Beziehung auf einen bestimmten Berechtigten eingehalten ist, solange können auch wir die Möglichkeit einer derartigen Servitut nicht bestreiten. Allerdings erscheint diese Servitut nicht mehr als ein reines privatrechtliches Gebilde, sie trägt immerhin einige Züge des öffentlichen Rechts, da sie zur Befriedigung öffentlicher Zwecke dienen soll, aber im Prinzip stellt sie sich als ein privatrechtliches Gebilde dar, das der durch die Erfordernisse der modernen Zeit hervorgerufenen Weiterbildung der Servitutenlehre seine Entstehung verdankt. Hier hat einmal das Privatrecht sein altes abgezirkeltes Bett verlassen und einen Teil des öffentlichen Rechtes überflutet.

Jedoch darf man nicht zu weit gehen und die Beziehung auf einen bestimmten Berechtigten unter allen Umständen konstruieren wollen. In dem Falle des Reichsgerichtes, in dem das gesamte Publikum eine Berechtigung zum Parkbesuch erhalten soll, ist u. E. das Band gerissen, das die eigentlichen Berechtigten wenigstens lose zu einer Gesamtperson verbindet. Hier begegnet uns ein Recht, das ohne Beziehung auf die Mitgliedschaft zu einer bestimmten Gemeinde oder einer anderen *persona publica* ganz allgemein der Gesamtheit gewährt ist. Hier ist u. E. der Punkt, wo die immer weiter ausgedehnte Servitut ihre Fessel sprengt und der Einschliessung in eine althergebrachte privatrechtliche Konstruktionsform spottet. Jetzt kann man von einer Rechtsbildung des Privatrechtes

nicht mehr sprechen, denn es fehlt nunmehr an der Person des Berechtigten.

Berechtigter ist das Publikum oder, juristisch gesprochen, „die unbestimmte Vielheit der Individuen“. Mag diese Ihering'sche Definition¹ auch in geistreicher Weise einen Begriff für das, was sich der menschliche Geist unter dem sog. Publikum etwa vorstellt, geschaffen haben, so kann man mit diesem Schlagwort doch nicht operieren. Das Publikum, das Volk, jedermann, jenes vieltausendköpfige Ungeheuer ist nimmermehr geeignet, als Subjekt einer servitutischen Berechtigung herangezogen zu werden². Das heisst privatrechtlichen Rechtsgebilden Gewalt anthun und sich mit den Grundsätzen aus der Lehre vom Rechtssubjekt in Widerspruch setzen. Ihering fasst den *usus publicus* bekanntlich auch als ein Recht an der Sache auf,³ modifiziert aber diese seine Theorie in vielen, hier nicht näher zu behandelnden Punkten. So lange er nun den *usus publicus* an den öffentlichen Sachen im Auge hat, so lange lässt sich seine Ansicht noch für juristisch diskutabel erklären, nicht jedoch u. E., wenn man die Natur des *usus publicus*

1. v. Ihering: *Zweck im Recht*, II. Auflage, Leipzig 1884, Band I. S. 466.

2. Auch Regelsberger, *Pandekten I.* Leipzig 1893 S. 421 Anm. 7 hält die Auffassung d. R. G. ohne nähere Begründung für irrtümlich und meint, es liege eine „Stiftung des Gemeingebräuches“ vor.

3. Auf demselben Standpunkt steht auch Regelsberger, welcher (a. a. O. S. 426) den Gemeingebrauch als „dingliche Belastung ohne gegenüberstehende Berechtigung“ erklärt.

an den Privatsachen untersucht. Denn hier würde die Erscheinung zu Tage treten, dass das Publikum als Subjekt eines Rechtes an einer *res privata* erscheint, und dass somit der Eigentümer der belasteten Sache als Mitglied des Publikums zugleich Verpflichteter und Berechtigter ist. Diese Konstruktion eines Rechtes an eigener Sache ist aber sicherlich juristisch unhaltbar und würde zu einer weiteren Einschränkung und „Modifikation“ der Ihering'schen Theorie führen.

Um solchen Möglichkeiten und verwirrenden Modifikationen zu entgehen, ist es besser, den Sprung in das öffentliche Recht zu machen. In derartiger Ausdehnung erscheinen u. E. also Berechtigungen am Privat-Eigentum nicht mehr als Servitutenrechte, mögen sie durch die moderne Rechtsentwicklung noch so ausgedehnt sein — hier beginnt das Reich des öffentlichen Rechtes, und nur noch die historische Entwicklung kann Spuren aufweisen, dass man es einmal mit privatrechtlichen Rechtsformen zu thun hatte.

§ 4b.

Scheidung der Fälle in die beiden Kategorieen der Servituten zu Gunsten grösserer personeller Kreise und des *usus publicus an res privatae* im eigentlichen Sinne.

Ein Beispiel möge unsere Ansicht erläutern: Noch heute bestehen unseres Wissens in Deutschland, namentlich in Mecklenburg, eigenartige Berechtigungen, welche

den Mitgliedern einer Gemeinde an fremdem Eigentum, z. B. Forsten und Waldungen zustehen. So ist noch jetzt in der Nähe von Strelitz ein sog. Recht auf Harkung von Tannennadeln in Geltung. Wer der Eigentümer der mit diesen Verpflichtungen beschwerten Waldungen oder Forsten ist, ist uns nicht bekannt, fällt auch hier in diesem Zusammenhang nicht erheblich ins Gewicht. Sicherlich handelt es sich um fremdes — sei es staatliches oder privates — Eigentum, das in der erwähnten Beziehung beschränkt ist, und dessen Eigentümer die schrankenlose Ausübung seines Eigentumsrechtes unmöglich gemacht wird. Dieses Recht des Nadelharkens steht aber nicht jedem zu, sondern nur den Bürgern einer bestimmten Gemeinde, also einer fest umgrenzten Gesamtheit von Personen, denen kraft ihrer Mitgliedschaft gewisse Befugnisse eingeräumt sind. Mit dem Eintritt in den Gemeindeverband erwirbt man neben anderen Rechten auch ipso jure das Recht des Nadelharkens, und es kommt vielfach vor, dass jemand die hoch bemessene Aufnahmegebühr nur deshalb zu erlegen trachtet, um in den Genuss gerade dieses Rechtes zu treten.

Fälle ähnlicher Art sind auch heute nicht ganz selten: So z. B. wenn einer Gemeinde seitens eines Grossgrundbesitzers die Benutzung eines näheren Weges zur Kirche über sein Eigentum eingeräumt ist. Ferner sind hierher die Berechtigungen an fremdem Eigentum zu rechnen, welche persönliche Vorteile geringerer Art für die Gemeindeglieder mit sich bringen, z. B. Holzlesegerechtigkeiten, das Recht, Streu zu

rechnen und mehr derartige, namentlich im deutschen Recht ausgebildete niedere Gerechtigkeiten.

Stets ist hierbei die Beziehung auf bestimmte Subjekte festgehalten. Oft wird der an seinem Eigentum für andere ein Recht Einräumende dies nur mit Rücksicht auf einen bestimmten Kreis von Personen gethan haben, indem er diese seine Gunst nur denen zuwenden wollte, die in einer von ihm zur Bedingung gemachten bestimmten Beziehung stehen. So kann es wohl vorkommen, dass der Eigentümer einer Bildergalerie oder irgend welcher Sehenswürdigkeiten seine Schätze dem Publikum gegen Entgelt zugänglich macht, aber Malern, oder Interessenten und Sachkundigen anderer Art das Seine unentgeltlich zur Verfügung stellt, um sie daran studieren zu lassen.¹ Auch

1. Vielfach kommt es auch vor, dass Panoramen gewissen Ständen — z. B. den Soldaten — unentgeltlich geöffnet sind. Während der Unternehmer mit dem zahlenden Publikum Einzelverträge abschliesst, kann man bezüglich der nicht zahlenden Besucher von Verträgen wohl nicht sprechen. Welches Rechtsverhältnis liegt bei ihnen vor? Zweifellos kann bei Auflösung eines solchen Unternehmens diesen bevorrechtigten Bevölkerungsklassen ein Klagerecht zur Weitergewährung der Vorteile nicht zugestanden werden. Insofern ist das ganze Verhältnis mehr faktischer und nicht rechtlicher Art, beruhend auf der widerruflichen Erlaubnis des Unternehmers. Aber anders liegen die Verhältnisse während des Bestehens des Unternehmens. Oft kündigt eine öffentliche Bekanntmachung die Gestattung unentgeltlichen Eintrittes an. Hierdurch entsteht eine rechtliche Verpflichtung des Unternehmers dem Bevorrechtigten gegenüber. Das rechtliche Verhältnis zwischen beiden ist aber nicht kontraktlicher Natur, denn es er-

hier besteht immer noch eine Beziehung, ein Band, welches den Kreis der Berechtigten umschlingt und sie von den anderen, als den Nichtberechtigten, scheidet.

Ganz anders liegen aber die Fälle, in denen jemand sein Eigentum ohne irgend welche bestimmte Absicht seinerseits, oder irgend einen Gedanken an bestimmte Subjekte im Interesse aller bindet, um dem Gemeinwohl zu dienen. Hier kommt es ihm nicht darauf an, ein Recht für andere zu schaffen, als vielmehr für sich selbst eine Verpflichtung zu begründen. Oftmals mag es nur das Verlangen sein, seinen Reichtum vor der Welt auszubreiten und sich an der allgemeinen Bewunderung zu erfreuen, oder der Wunsch, in der Oeffentlichkeit eine Rolle zu spielen, welche den glücklichen Besitzer zum Zugeständnis gewisser Befugnisse für das Publikum an seinem Eigentum bewegen.

So hat sich in der That der Fall ereignet, dass der Eigentümer eines prachtvollen Parkes in seinem Testamente dem Erben die Auflage machte, diesen

lisch nicht durch einmalige Ausübung, sondern gestattet dem Bevorrechtigten, während des Bestehens der Unternehmung nach seinem Belieben sein Vorrecht zu benutzen. U. E. wird der Gesamtheit der Bevorrechtigten (Soldaten z. B.) ein dingliches Recht gewährt, das sie natürlich nur solange ausüben können, solange die belastete Sache (das Unternehmen) besteht. Es stellt sich u. E. dar nach aussen als Servitut zu Gunsten eines grösseren personellen Kreises, geschaffen durch die Bereitwilligkeit des Unternehmers und die Erklärung einzelner Bevorrechtigter (dargethan durch Benutzung des Vorrechts) nach innen dem Unternehmer gegenüber, dass sie als Vertreter der Gesamtheit in die Gewährung des Vorrechtes einwilligen.

Park für das Publikum an den Sonntagen unentgeltlich bis zur Dunkelheit offen zu halten. Hier tritt uns u. E. ein echter *usus publicus* an einer *res privata* entgegen, und hier muss weiter die von den Gegnern verteidigte Konstruktion einer Servitut, sei sie nun „öffentlichrechtliche“ Servitut oder „Quasi-Servitut“ genannt, scheitern. Hier ist fremdes Privateigentum durch letztwillige Verfügung in einer Beziehung unzweifelhaft lahm gelegt, denn diese allgemein dem Publikum gewährte Vergünstigung kann mit Gewalt von dem Erben erzwungen werden. Das gemeine Recht gesteht hier, wie bisher von keiner Seite bestritten ist, der Obrigkeit die Legitimation zur Erzwingung des letztwilligen *modus* zu, indem es folgendermassen argumentiert:

Im Princip habe der Erbe über die Ausführung des letztwilligen *modus* zu wachen und nötigenfalls zur Klage zu schreiten. Wenn jedoch dem Allein-Erben selbst ein *modus* auferlegt sei, fehle es an einem Subjekte, das den Zwang ausüben könne. In solchen Fällen könne jedoch die Obrigkeit intervenieren, wenn ein öffentliches Interesse vorliege.¹

Hierin liegt zweierlei: einmal wird ein öffentliches Interesse verlangt, das ein Thätigwerden der Behörde rechtfertigt, sodann ist erforderlich, dass ein dritter Berechtigter nicht existiert, der das Thätigwerden der Obrigkeit überflüssig machen würde. Denn sobald man zu dem Resultat käme, dass durch den letztwilligen *modus* ein dritter berechtigt worden sei, müsste man

1. s. Dernburg, Pandekten III, S. 158.

es dem dritten überlassen, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder nicht.¹ Das römische Recht hat nämlich, ähnlich wie bei den Schenkungen sub modo, auch hier bei letztwilligen Verfügungen, namentlich bei Legaten sub modo, dem dritten Interessenten eine eigene Klage gewährt.

So bestimmt zuerst Severus in der l. 2 pr. C. de his quae sub modo 6,45, dass ein auf Freilassung gerichteter modus eine Legats- oder Fideikommissklage zur Entstehung bringe, während Kaiser Gordian dies verallgemeinert, indem er vorschreibt:

(l. 2 § 1 C. h. t.): sed in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad condicionem sive ad modum respiciunt, sive ad dandum vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in condicionibus post exitum earum.

Hier wird allgemein bestimmt, dass bei allen Fällen, wo es sich kraft eines modus um eine Leistung handelt, die in einem dare oder facere besteht — der Ausdruck „in pecuniariis causis“ wird u. E. weiter unten durch die Worte „ad dandum vel faciendum aliquid“ näher präzisiert und interpretiert —, dass dort allenthalben eine actio fideicommissi gegeben sei. Es giebt Schriftsteller, welche der Meinung sind, dass „seitdem von einem modus, der in einer Leistung an dritte Personen besteht, gar nicht mehr die Rede sein kann.“² „Ein solcher sei nun, ohne Rücksicht auf die gewählten

1. s. Windscheid, a. a. O. III, § 636.

2. Savigny in seinem „System“ B. III, S. 237.

Ausdrücke, als wahres Legat oder Fideikommiss zu behandeln und bedürfe eines indirekten Schutzes nicht mehr, da der dritte stets eine Klage auf die Entrichtung habe.“ Rosshirt¹ bestreitet allerdings, dass der am modus interessierte dritte eine eigene Klage habe, und liest aus der l. 2 C. l. c. nur heraus, dass die zu Gunsten eines dritten gemachte Zweckbestimmung als Fideikommiss zu betrachten sei. Aber eben wenn man, von dieser letzteren Bestimmung ausgehend, die Zuwendung im Interesse eines dritten stets (omnifariam) als Fideikommiss an den dritten auffasst, so kommt man im praktischen Resultat dazu, dass dem dritten dadurch nun ein selbständiges Rechtsmittel, eine eigene Klage gewährt ist.

Wir sehen also, dass der im modus bedachte dritte, sofern der modus auf ein facere oder dare an ihn gerichtet ist, eine eigene Klage (die actio fideicommissi) anstellen kann. Aber in dem von uns angeführten Beispiel fehlt es eben an dem dritten, denn selbst Ubbelohde würde zugeben müssen, dass das „Publikum“ als berechtigtes Subjekt, das ev. durch Klage sein Recht realisieren muss, im Ernst nicht in Betracht gezogen werden kann. Also wird es bei der Klage der Obrigkeit sein Bewenden haben müssen.

Bei dieser Klage handelt es sich nicht um eine Leistung, die ev. in Geld abzuschätzen ist, sondern um eine kraft eines modus auferlegte Verpflichtung zu Duldungen. Der hinterlassene Park soll von dem

1. Die Lehre v. d. Vermächtnissen B. I, S. 411.

Publikum an den Sonntagen benutzt, und der Eigentümer desselben durch die Klage gezwungen werden, diese Nutzungen zu dulden. Ein direkter Zwang kann in dieser Beziehung nicht ausgeübt werden, da eine derartige zwangsweise Einwirkung auf eine Person dem Recht unbekannt ist. Man hilft sich also mit indirektem Zwang, d. h. mit Verhängung von Haft oder Geldstrafe. Das Urteil in unserer Klage würde also einmal konstatieren müssen, dass der Eigentümer des Parkes verpflichtet ist zur Innehaltung des ihm testamentarisch auferlegten modus. Diese Feststellung allein kann aber nicht genügen, der Hauptzweck der Klage ist der, ähnliche Fälle in Zukunft zu verhüten. Das Urteil würde also sodann z. B. eine Geldstrafe von 500 M. festzusetzen haben für jeden Fall des Zuwiderhandelns. (§ 775 C. P. O.) Allerdings würde der Beklagte sich bei diesem Stand der Dinge sozusagen einen Freibrief für Zuwiderhandlungen und damit für die Uebertretung der Testamentsklausel gegen Erlegung der Geldstrafe erkaufen können. Wie vor der Klage der Behörde der Park-Eigentümer ganz eigenmächtig bezüglich der Oeffnung des Parkes verfahren kann, so besteht auch nach der Klage das schwerste Uebel, das ihn bei einer Zuwiderhandlung treffen kann, nur in dem Verfall der festgesetzten Strafe. Das Publikum, welches den Park verschlossen findet und dadurch ev. auch pekuniär (z. B. wenn es von weither angereist kam) sich geschädigt sieht, steht macht- und wehrlos da. Ihm wird die einzige Genugthuung, dass es den Park-Eigentümer in die öffentliche Strafe verfallen

sieht. Ereignen sich derartige Uebertretungen der Testamentsklausel öfter, so wird bei der dadurch geschaffenen Unsicherheit und Ungewissheit, ob der Park an einem zur Besichtigung von einem Fremden bestimmten Tage auch geöffnet sei, die ganze dem Publikum zugewendete Gunst völlig wertlos. Diese Konsequenzen stehen mit der Absicht des Erblassers in argem Kontrast. Der Erblasser wollte ein für alle Mal den Park des Sonntags dem Publikum zur Verfügung stellen, und es würde wohl kaum seinen Intentionen entsprochen haben, wenn die Erreichung seines Zweckes auf diese Weise erschwert, ja seine ganze Zuwendung illusorisch gemacht würde.

Mit der Klage der Obrigkeit kommt man u. E. in unserem Falle nicht zum Ziele. Sie richtet sich auch nur gegen den ersten Belasteten und regelt in keiner Weise die Verhältnisse, welche nach seinem Tode, oder infolge des Verkaufes des Parkes an einen anderen eintreten. Unmöglich kann doch die Klage der Obrigkeit von Anfang an auch auf die Erben des ersten Eigentümers oder auf das Grundstück selbst abgestellt werden. Sicherlich wollte der Erblasser etwas Dauerhaftes schaffen und die Verpflichtung auf das Grundstück selbst legen, sodass jeder spätere Eigentümer, gleichwie bei einem mit einer Servitut belegten dienenden Grundstück, zum Dulden verpflichtet ist. In welcher Weise soll aber diese Absicht realisiert werden? Die Annahme eines *modus* im öffentlichen Interesse erweist sich, wie ausgeführt, als wenig zweckmässig. Weit besser ist u. E. die Konstruktion eines *usus publicus*

am Parke. Da das Publikum berechtigt werden soll, fehlt es an einem privatrechtlich rechtsfähigen Subjekt. Der *usus publicus* aber als Gebilde des öffentlichen Rechts verlangt ein solches nicht, sondern ist gerade auf die Allgemeinheit, nicht aber auf eine bestimmte Person gestellt.

Die von uns befürwortete Absonderung gewisser Fälle, in denen ein bestimmter Berechtigter fehlt, von der gewaltig ausgedehnten Kategorie der Servituten ist in der Praxis mehrfach angedeutet.

Das Erkenntnis No. 4 im Seuffert'schen Archiv Band 26 behandelt folgenden Rechtsstreit: Verschiedene Einwohner von Crainfeld nahmen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieser Gemeinde eine Wegegerechtigkeit durch die dortige Pfarrhofraithe in Anspruch, wurden aber mit der auf Anerkennung dieses Rechtes, bezw. Schutz im Besitze desselben gegen die Kirche gerichteten Klage abgewiesen, weil im gegebenen Fall die tatsächlichen Voraussetzungen für die Erzeugung der Wegegerechtigkeit für eine Gemeinde nicht vorlägen. Das Erkenntnis beschäftigt sich dann am Schluss mit diesen tatsächlichen Voraussetzungen und meint schliesslich:

„sobald der Weg von einem Orte zum anderen führt oder sonst für jedermann offen ist, ist nicht der Charakter eines Privatrechtes und insbesondere einer Realservitut vorhanden, sondern der Weg ist ein öffentlicher.“

Das Erkenntnis meint also: sobald der Weg von jedermann benutzt werde, sei er, auch wenn er im

Eigentum Privater¹ stehe, ein öffentlicher geworden, d. h. mit anderen Worten: es ist ein *usus publicus* an *res privatae* entstanden. Dieser *usus publicus* aber — so meint das Erkenntnis — trage nicht den Charakter eines Privatrechtes und insbesondere nicht einer Real-servitut, sondern — so meinen wir — den eines öffentlichen, jedem einzelnen *ipso jure* zustehenden Rechtes an sich.

Ein hochinteressantes, wenn auch vereinzelt dastehendes Erkenntnis, das unsere Ausführungen in mancher Beziehung bekräftigt, teilt Seufferts Archiv B. 34 unter No. 7 mit. Es handelt sich um einen öffentlichen Weg über Privatboden. Der wesentliche Inhalt lautet:

„Nach römischem Recht entzog der öffentliche Gebrauch die *loci publici* und namentlich die *viae publicae* keineswegs jedem privatrechtlichen Rechtsverkehre (l. 14 § 2 de servit. D. 8,1; l. 2. § 17 D. ne quid in loco publ. 43,8; l. 1 D. de loco publ. fruendo 43,9). Auch hat das O. A. G. in der Sache Bauerschaft Rockwinkel contra Fritze Wwe. durch Urteil vom 29. Dezember 1864 anerkannt, dass nach heutigem Recht der Grund und Boden öffentlicher Wege sich im Privateigentum befinden können, derartige Wegelasten dann aber nicht unter den von Servituten geltenden Grundsätzen stehen.

1. Hier allerdings der Kirche, was jedoch nicht ins Gewicht fällt, da das Erkenntnis die Öffentlichkeit des Weges auf dieses Moment nicht zurückführt.

Der publicus usus bei den öffentlichen Wegen entzieht vielmehr die von ihm betroffene Sache nur so weit dem Privatverkehre und macht dieselbe soweit zu einer res publica, als eben der öffentliche Gebrauch es notwendig bedingt, und wenn er sich dadurch zu einer servitutähnlichen Belastung des Grundeigentumes gestaltet, so ist doch eine Anwendung der bei servitutischen Eigentumsbeschränkungen vorkommenden Grundsätze bereits deshalb ausgeschlossen, weil es überall an einem Subjekte fehlt, welchem die Berechtigung aus dem publicus usus beigelegt werden könnte.

Der publicus usus oder der Inbegriff derjenigen Beschränkungen, denen das Eigentum durch den öffentlichen Gebrauch unterworfen wird, ist vielmehr an sich überhaupt kein Privatrecht, wenngleich seine Ausübung zur Entstehung von Privatberechtigungen Veranlassung werden kann, und denselben ein Rechtsschutz durch verschiedene Interdikte gewährt wird. Ein Privatrecht ist der öffentliche Gebrauch nicht, weil es bei demselben an dem notwendigen Erfordernisse eines jeden Privatrechts: der Beziehung auf ein bestimmtes berechtigtes Subjekt und der Ausschliessung anderer Privatrechtssubjekte, fehlt. Als Subjekt des allgemeinen Gebrauches könnte zunächst das Publikum, als die Gesamtheit der den usus publicus ausübenden Personen, angesehen werden; diesem Begriffe fehlt aber überhaupt die Eigenschaft einer privatrechtlich rechtsfähigen Person. Der Einzelne ferner, welcher die öffentliche Nutzung übt, hat rechtlich keine persönliche Berechtigung auf

Nutzung, und der Staat, an welchen zuletzt gedacht werden könnte, tritt zwar zu den dem öffentlichen Gebrauche anheimgegebenen Sachen in ein bestimmtes Herrschaftsverhältnis, aber nicht etwa in seiner Eigenschaft als Inhaber oder Vertreter von Privatrechten, sondern kraft seines Hoheitsrechtes, nach welchem ihm die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung obliegt, zu welcher auch der Verkehr auf und mit den dem öffentlichen Gebrauche überlassenen Sachen zu rechnen ist.

Diese Verbindung des Staates mit den öffentlichen Strassen ruht also durchaus ausserhalb der Kreise des Privatrechtes, wenngleich sie die Veranlassung zu Privatstreitigkeiten und Privatverhältnissen sein kann. Aber dies ist nichts diesem Verhältnisse Eigentümliches, sondern kann bei der Ausübung eines jeden Hoheitsrechtes ebenso vorkommen.

Dieser Charakter des *usus publicus* an den öffentlichen Wegen zeigt sich dann auch in der Art seiner Beendigung, indem die Eigenschaft einer Sache als einer *via publica* nur durch Anordnung der zuständigen Behörde wieder beseitigt werden kann, und selbst langjähriger Nichtgebrauch hierzu nicht imstande ist (l. 2. D. de *via publica* 43, 11), während allerdings unvor-denkliche Zeit ihrer besonderen Natur nach eine solche Anordnung ersetzen kann.“

In diesem Erkenntnis findet unsere Ansicht eine Stütze, dass der *usus publicus* an *res privatae* ähnlich dem *usus publicus* an *res publicae* sei, wie letzterer kein privates Nutzungsrecht, sondern das jedem Bürger *ipso jure* zustehende Persönlichkeitsrecht

an Sachen, die dem Gemeingebrauch unterliegen, darstelle, diese Sache soweit ergreife, als der Gemeingebrauch reiche, und nicht unter die Servitutenberechtigungen zu subsummieren sei. Wir haben oben schon darauf hingewiesen, dass die römischen Quellen keineswegs die Rechte der Gesamtheit an Sachen Privater als Servituten auffassen, sondern dass sie es ähnlich wie bei den *res publicae* dabei bewenden lassen, die betreffenden Rechtsmittel zu behandeln. Es ist ja ein in der römischen, namentlich durch die Prätores geförderten Rechtsentwicklung beruhender Gegensatz zum modernen Recht, dass letzteres darnach strebt, jedes offensichtliche Recht auch mit einer Klage auszustatten, während das römische Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkt verharret, nur aus einer Klage auch ein Recht fließen zu lassen. Die Römer folgen also nur ihrem Prinzip, wenn sie beim *usus publicus* an *res privatae* nur die rechtlichen Folgen, d. h. die Klagen (Interdikte) besprechen. Dass die Römer den *usus publicus* an *res privatae* eigentlich nicht dem Servitutenrecht unterstellten, geht aus der l. 2 § 23 D. *ne quid in loco publico* 43,8 hervor:

privatae viae duplicites accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat.

Hier wird von zwei Wegeberechtigungen an *res privatae* gesprochen: die eine beruht auf einer Servitut zu Gunsten der Eigentümer benachbarter Aecker, die andere steht allen zu. Auf welchem Titel letztere

beruht, wird nicht gesagt, und trotzdem und obgleich der Gegensatz, der in der Stelle offensichtlich zwischen beiden Berechtigungen zum Ausdruck gebracht werden soll, ganz aufgehoben wird, wenn man bei der zweiten Wegeberechtigung zu Gunsten aller gleichfalls eine Servitut annimmt, so wird dennoch von Ubbelohde und anderen eine Servitut verteidigt.

Ubbelohde (S. 126) hält es garnicht für erforderlich, die in dem mitgeteilten Erkenntnis ausgedrückte Ansicht zu widerlegen. Er klammert sich an das Wort „Hoheitsrecht“ und meint:

„Diese vermutlich unter dem Einflusse der v. Ihering'schen Lehre von dem Recht des Gemeinwesens an dessen eigenen res in publico usu entstandene Auffassung erweist sich schon deshalb als unhaltbar, weil weitaus die meisten im Privateigentum stehenden Sachen, an denen ein usus publicus stattfindet, diesem usus publicus zum Besten nicht sowohl des Staates, als vielmehr einer einzelnen Gemeinde unterliegen, eine solche aber Subjekt eines Hoheitsrechtes nicht sein kann. Ganz besonders deutlich tritt das hervor in den zahlreichen Fällen, in denen einer Gemeinde zum Vorteile ihrer Angehörigen das Recht zusteht, in einem Staatswalde Holz zu schlagen, Streu zu rechen, Vieh zu weiden und dergl. Das ist doch nimmer als Inhalt eines „Hoheitsrechtes“ zu denken!“

Soweit Ubbelohde. U. E. scheint es nicht erwiesen, dass das Erkenntnis unter dem Einflusse der Theorie von Ihering entstanden ist. Ihering ist be-

kanntlich der Ansicht, dass an den *res publicae* ein privatrechtliches Eigentum nicht bestehe, dass der Staat aber an ihnen ein sog. Hoheitsrecht habe. Nun ist es eines der Argumente, die gegen Iherings Auffassung von der Gegen-Meinung vorgebracht werden, dass auch an den *res privatae*, an denen ein *usus publicus* statt hat, Privateigentum von den Römern anerkannt wurde, und deshalb die Konstruktion, dass auch an den *res publicae* ein Privateigentum möglich sei, nicht so ganz aussichtslos erscheine. Wenn nun aber das Erkenntnis davon ausgeht, dass auch *usus publicus* an Privateigentum möglich sei, so kann es also der Ihering'schen Theorie nicht rückhaltlos huldigen. U. E. wird in ihm darauf hingewiesen, dass ein *usus publicus* an *res privatae* möglich, aber nicht eine Servitut, sondern eben *usus publicus* sei. Da dieser *usus publicus* kein Privatrecht, sondern ein allgemeines Persönlichkeitsrecht bilde, so erscheinen hier weder die Bürger, noch der Staat selbst als Subjekt eines Privatrechtes. Dagegen trete der Staat kraft seines Hoheitsrechtes den Verhältnissen näher, denn es sei seine Pflicht, die öffentliche Ordnung zu wahren. Jedoch soll dieses Hoheitsrecht nicht das Hoheitsrecht sein, das Ihering meint. Es soll damit weiter nichts anderes ausgedrückt werden, als dass der Staat zu diesen Dingen kraft des für ihn geltenden Sonderrechtes Stellung nehme, nach welchem er sich inbezug auf die Sachen, welche unmittelbar oder mittelbar den öffentlichen Zwecken dienen, gewissen erschwerenden Rechtsnormen zu unterwerfen hat. Und warum soll dieses

Sonderrecht nicht auch für Gemeinden in gleicher Weise, wie für den Staat gelten? Eine Gemeinde hat ebenso wie der Staat die Pflicht, im Interesse ihrer Glieder auch an Privatsachen Rechte zu erwerben und fremdes Eigentum öffentlichen Zwecken wenigstens mittelbar nützlich zu machen. Soweit diese öffentlichen Zwecke das Privateigentum beschränken, soweit greift auch hier das staatliche Sonderrecht ein.

Aber das Erkenntnis scheint uns in anderer Beziehung endlich den Weg zu weisen, der bei der Behandlung der Rechte der Gesamtheit an Sachen Privater einzuschlagen ist. Gerade diese interessanten Ausführungen lässt Ubbelohde unberücksichtigt. Die servitutische Berechtigung wird skrupellos auf öffentlichrechtliche Verhältnisse angewendet, und es herrscht die Ansicht vor, dass der *usus publicus*, weil er ähnlich der *Servitut res privatae* beschränke, auch eine *Servitut* sei. Sowie das Objekt nicht mehr eine *res publica*, sondern *res privata* ist, kann nach Ansicht der Gegner nicht mehr von dem *usus publicus* im eigentlichen Sinne, also öffentlichrechtlichen Sinne, sondern nur noch von einem *usus publicus* privatrechtlicher Natur auf servitutischer Grundlage die Rede sein. Dabei wird jedoch übersehen, dass für den *usus publicus* nicht ein Objekt, das dem öffentlichen Recht angehört, sondern der öffentliche Zweck, den er verfolgt, wesentlich ist.

Der Staat und die Gemeinde stehen unter einem Sonderrecht, das ihnen verbietet, durch Akte privatrechtlicher Natur die *res publicae* ihren öffentlichen

Zwecken zu entfremden. Indirekt ist damit ausgesprochen, dass, soweit die öffentlichen Zwecke nicht gefährdet erscheinen, privatrechtliche Akte an den *res publicae* seitens des Staates oder der Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Eigentümer vorgenommen werden können. Und das ist auch nur gerechtfertigt. Staat oder Gemeinde sind Eigentümer der *res publicae*, ihr Eigentum wird allerdings durch die öffentlichen Zwecke, die sie bestimmungsgemäss zu unterstützen haben, fast absorbiert, aber auf dem Fleckchen, das ihnen bleibt, sind sie Eigentümer mit voller Verfügungsbefugnis, wie jeder andere.

Das Reichsgericht, Band I, S. 367, spricht sich ähnlich aus:

„Die *res publicae* fallen nur soweit in das Gebiet des privatrechtlichen fiskalischen Eigentumes, als eine Nutzung unbeschadet ihrer Bestimmung zum öffentlichen Gebrauche daran möglich ist. Soweit diese Bestimmung reicht, ist das Privateigentum an denselben einer Beschränkung unterworfen, und sie stehen allein unter der Herrschaft der allgemeinen Staatsgewalt vermöge der publicistischen Staatshoheit derselben.“

Ubbelohde könnte hier sehen, dass das Wort Staatshoheit ebenso, wie wir oben behaupteten, nicht auf die Anhängerschaft zur Iheringschen Theorie schliessen lässt, sondern das sog. staatliche Sonderrecht umschreiben soll, welches für den Staat seiner öffentlichen Bestimmung gemäss gilt. Im übrigen spricht das Reichsgericht hier deutlich aus, dass der

Staat an den *res publicae*, soweit ihr öffentlicher Zweck nicht reicht, vollkommenes Privat-Eigentum hat. Wird der Staat oder die Gemeinde, denen jede andere *persona publica* gleichzustellen ist, als simpler Privat-Eigentümer aufgefasst, der ebenso, wie jeder Privatmann, mit privatrechtlichen Akten operiert, so sehen wir auch kein Hindernis, warum er an seinen Sachen nicht Privatrechtsbildungen und somit namentlich Servituten erproben sollte. Der Staat hat eben eine Janusmaske bekommen: er ist nicht mehr allein nur der Hüter und Wahrer der Staatsinteressen, sondern auch der unternehmende Privatmann. In ersterer Gestalt fehlt ihm die Beweglichkeit der gewöhnlichen Sterblichen, das für ihn geschaffene Sonderrecht engt ihn ein, in letzterer Gestalt dagegen unterscheidet er sich in nichts von jedem anderen Eigentümer. Seine erstere Thätigkeit gehört dem öffentlichen Recht an, was er dort schafft, dient den öffentlichen Zwecken: er erwirbt entweder selbst die Sachen, um sie den öffentlichen Zwecken unmittelbar dienstbar zu machen (*usus publicus an res publicae*), oder, wo dies nicht leicht durchführbar ist, sichert er sich am Privateigentum ein seinen Interessen dienliches Recht (*usus publicus an res privatae*). Seine andere Thätigkeit dagegen bewegt sich im Rahmen des Privatrechtes, hier verfolgt er Sonder-Interessen mannigfacher Art.

Deshalb äussert sich das Reichsgericht bei Seuffert B. 37, S. 285 sehr richtig, wie folgt:

„Öffentliche Wege sind nach heutigem Recht

nicht in dem Sinne „res extra commercium“, dass Privatrechte daran rechtlich völlig undenkbar wären..., der Erwerb servitutischer Rechte daran ist deshalb ebenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern nur insoweit gehindert, als der gemeine Gebrauch dadurch aufgehoben oder beschränkt werden würde.“

Wir sehen also, wie der Staat sein öffentliches Kleid abstreift und ganz ungezwungen privatrechtliche Geschäfte macht. Und wie er hier der Gewährende ist, der an seinen Sachen Privatrechte einräumt, sofern sie nicht mit der öffentlichen Bestimmung der Sachen kollidieren, so ist es auch umgekehrt möglich, dass er — immer noch in seiner Eigenschaft als Privatmann — an Sachen Privater seinerseits für sich Rechte erwirbt und so privatrechtliche Geschäfte treibt, bei denen er der Empfangende ist, dem ein Recht gewährt wird. So denken wird uns das Zustandekommen von Servituten zu Gunsten des Staates oder einer Gemeinde.

Hier erlangt Staat oder Gemeinde an Privatsachen Rechte, die nur ihren Gliedern zu Gute kommen sollen und kommen können, da sie nur lokale Interessen befriedigen. Solche Rechte, die vom Staat oder von einer Gemeinde als Vertreter ihrer Glieder und in der Eigenschaft als *persona privata* an Privatsachen erworben werden, stellen sich als moderne Servituten dar. Tritt Staat oder Gemeinde aber als Repräsentant der Gesamtheit auf und bringt er an Privatsachen Rechte zum Entstehen, die ohne Rücksicht auf bestimmte

Berechtigte oder einen bestimmten Kreis von Berechtigten der Allgemeinheit zu Gute kommen sollen, so liegt ein *usus publicus an res privatae* vor. Erstere Rechtsbildungen gehören ins Privatrecht, letzterer wurzelt im öffentlichen Recht. Die Grenze zwischen beiden wird oft schwer zu entdecken sein, aber dies ist für uns kein Grund, jenen Unterschied zu ignorieren und etwa die Meinung zu vertreten, dass Staat und Gemeinde fast stets als *persona publica* und damit als Vertreter der Gesamtheit auftreten. Das Kriterium, welches eine Vermutung für die Thätigkeit des Staates oder der Gemeinde als *persona publica* schaffen kann, mag der Umstand sein, dass es sich um einen Thatbestand handelt, der über ihre Normal-Existenz hinausragt. Es muss ein Fall vorliegen, der nicht nur die Interessen ihrer eigenen kleinen Sphäre berührt, der nicht nur seine Wirkung in dem schon vorher bestimmt abgezielten Kreise ihrer unmittelbaren Gewalt äussern soll, sondern der auch hinüberraagt in die Allgemeinheit, für die es keine fixierten Grenzen giebt. Hier handelt es sich um eine der vornehmsten Aufgaben des Staates oder der Gemeinde: höhere, als ihre eigenen internen Angelegenheiten wahrzunehmen, als Hüter und Förderer der allgemeinen menschlichen Interessen aufzutreten und an ihrem Teil mitzukämpfen für die Aufrechterhaltung und Pflege der allgemeinen Menschenrechte. Wo alle diese Voraussetzungen gegeben sind, da liegt ein *usus publicus an res privatae* vor.

In den entgegengesetzten Fällen der Servitut aber handelt es sich um Thatbestände, die interne Dinge des Staates oder der Gemeinde berühren, bei denen beide bestrebt sind, ihren Gliedern das Dasein nach Möglichkeit zu erleichtern und angenehm zu machen.

Das Reichsgericht zieht in seinem von uns schon erörterten Erkenntnis im Bande 14 No. 54 eine ähnliche Grenze, wenn auch allerdings unabsichtlich und ohne die Anwendung auf das Verhältnis von usus publicus und Servitut zu machen. Es handelte sich um eine Servitut zu Gunsten einer Gemeinde mit dem Inhalt, dass das gesamte Publikum einen Park benutzen dürfe. Wir haben oben schon ausgeführt, dass eine Servitut mit derartig weitem Umfang ein Unding sei und als usus publicus an einer res privata aufgefasst werden müsse. Das Reichsgericht selbst verlangt, dass die Servitut ein „konkret begrenztes Bedürfnis“ zum Gegenstande habe, und spricht sich bei dieser Voraussetzung stets für das Vorliegen einer Servitut aus. Wir stimmen dem Reichsgericht hierin bei und meinen, dass das Reichsgericht hiermit dasselbe Kriterium aufstellt, wie wir es soeben dargelegt haben. Befriedigung „interner Interessen“ und Befriedigung eines „konkret begrenzten Bedürfnisses“ decken sich vollkommen.

Ob aber die Berechtigung des gesamten Publikums zum Parkbesuch als ein konkret begrenztes Bedürfnis für eine Gemeinde angesehen werden kann, erscheint uns recht fraglich. Nicht nur die wissbegierigen Fremden, sondern auch alle anderen Mitglieder des

Publikums, jeder Mensch soll den Park benutzen dürfen. Dass aber eine derartige Ausdehnung für eine Gemeinde in concreto ein Bedürfnis bilden kann, leuchtet wenig ein. Solche abstrakt gehaltenen und ohne jede Beziehung und Einschränkung gewährten Berechtigungen gehören eben dem öffentlichen Recht an und bilden einen *usus publicus an res privatae*.

Zweiter Abschnitt.

Die Erfordernisse des usus publicus an den res privatae.

§ 5.

a. Ein publicistischer Akt.

α) bei der Begründung.

Gemäss seiner Auffassung des usus publicus an res privatae als privatrechtliches Nutzungsrecht steht Ubbelohde auf dem Standpunkt, dass die Begründung desselben regelmässig durch Vertrag zwischen dem Gemeinwesen und dem Eigentümer der Sache erfolge. (Ubbelohde, a. a. O. S. 138.) Wie er hervorhebt, folgt er der seiner Ansicht nach richtigen Auffassung, dass ein einfacher, formloser Vertrag zur Servitutenbegründung genüge, und eine juris quasi traditio nicht erforderlich sei. Auch wir dürfen wohl in der gemeinrechtlichen Streitfrage dieser Ansicht ohne nähere Begründung folgen, zumal ihre Entscheidung für die Erörterung unserer Fragen nicht von Bedeutung ist. Also rein privatrechtliche, der Servitutenbegründung nachgebildete Verträge sollen genügen. Die sich hiergegen erhebenden Bedenken sucht Ubbelohde dadurch zu zerstreuen, dass

er meint, in der Vertragserklärung sei notwendig zugleich die auch hier erforderliche Widmung des Rechts für den öffentlichen Gebrauch enthalten.

Das mag für die Fälle unserer ersten Kategorie angehen, denn hier tritt der Staat oder die Gemeinde als *persona privata* auf, d. h. nicht in voller öffentlicher Würde und ohne durch das sog. staatliche Sonderrecht eingeengt zu werden. Soweit also Rechte für den bestimmt begrenzten Kreis der Gemeindeglieder erworben werden sollen, soweit wollen auch wir die Konstruktion moderner Servituten, sogar in Bezug auf die Begründung, konsequent festhalten und einen privatrechtlichen Akt genügen lassen.

Anders jedoch in den Fällen, die der zweiten Kategorie angehören und Rechte der Allgemeinheit betreffen. Hier muss Staat und Gemeinde als *persona publica* thätig werden und ihrer Bestimmung gemäss in voller amtlicher Würde auftreten. Nunmehr treten sie in die Öffentlichkeit und haben zu dem diese ihre öffentliche Thätigkeit regelnden staatlichen Sonderrecht und seinen erschwerenden Normen zu greifen, d. h. durch Akte publicistischer Natur zu verfügen. Die von Ubbelohde geforderte „Widmung des Rechtes für den öffentlichen Gebrauch“ kann deshalb nicht durch einen der Aussenwelt kaum erkennbaren privatrechtlichen, der Servitutbegründung analogen Akt, nämlich formlosen Vortrag erfolgen, sondern muss sich in einer jedermann sichtbaren Art und Weise, durch einen publicistischen Akt vollziehen. Es muss der Öffentlichkeit, dem Publikum kundgethan werden, dass sich

ein wichtiges Ereignis abgespielt hat, welches ihm Rechte irgend welcher Art gewährt.

In welcher Weise nun dem staatlichen Sonderrecht Genüge gethan wird, und wie ein solcher publicistischer Akt juristisch geartetet sein soll, ist nicht ganz leicht zu präcisieren. Es gehört einmal dazu, wie hervorgehoben, eine Kundgebung in amtlicher öffentlicher Form. Was „öffentlich“ bedeutet, ist mehrfach dahin ausgelegt worden, dass die betreffende Wahrnehmung von einer in Zahl und Art unbeschränkten Personenmasse gemacht werden kann. Immer wieder kommt es darauf an, dass die Beziehung zu bestimmten Personen, oder zu einer bestimmten Personenklasse fehlt. Sodann ist aber erforderlich, dass Staat oder Gemeinde, die thätig werden, im konkreten Falle auch zuständig sind. Beim Staate ist diese Begrenzung natürlich einfach und leicht zu finden. Anders bei den dem Staate gleichzustellenden Gemeinden.

Bei ihnen ist die zweite Voraussetzung dann erfüllt, wenn sich die betreffenden Vorgänge innerhalb ihres Amtsbezirkes abspielen. In unserem Beispiel, welches die Widmung eines Privatparkes zum Gemeingebrauch behandelte, erscheint die Gemeinde des Städtchens für kompetent, in dessen Gebiet der Park liegt. Sie stellt als Repräsentantin der zunächst Interessierten auch zugleich eine Vertreterin der ferner stehenden Interessen-Kreise dar. Der *usus publicus an res privatae* hat ja etwas eigenartig Universelles und entbehrt einer festen räumlichen Abgrenzung hin-

sichtlich der Berechtigten, aber auch für ihn ist eine Beziehung zum Raume, welche jede Rechtsbildung hat und auch haben muss, geschaffen und zwar durch das Objekt, die *res privata*, an der er bestehen soll. So untersteht er eigentlich einer *lex rei sitae*. In diesem Sinne ist auch die Gemeinde, in der die *res privata* liegt, als zuständig zu erachten.

Liegt eine solche Willensäußerung einer zuständigen Gemeinde in amtlicher, öffentlicher Form, wie wir sie kennzeichneten, nicht vor, so sind an den Rechtstitel, der demnach den Erwerb des *usus publicus* an *res privatae* zu bewerkstelligen imstande sein soll, dieselben hohen Erfordernisse nach den Grundsätzen des staatlichen Sonderrechtes zu stellen.

Der Rechtstitel, der diesen Erfordernissen genügt, ist namentlich die unvordenkliche Zeit. Savigny¹ behauptete sogar, dass die unvordenkliche Zeit überhaupt nur bei Verhältnissen publicistischen Charakters in Betracht komme. Wenn diese Ansicht auch nicht unangefochten blieb, so hat man ihm doch eigentlich nur vorgeworfen, dass sie für die gemeinrechtliche Doktrin zu eng sei, im übrigen ist aber zugestanden, dass die unvordenkliche Zeit hauptsächlich Wert habe für Verhältnisse öffentlichen Charakters. Dass in Rom auch durch unvordenkliche Zeit *viae* an *res privatae* zu *viae publicae* werden konnten, bezeugt die l. 3 pr. D. de locis et itin. 43,7:

1. System, IV. S. 486, 510.

„viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt.

Abgesehen von diesen Formen der Entstehung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden und durch die unvordenkliche Zeit, die eine Art Mustertitel darstellt, wird der usus publicus an res privatae analog seinem Schwesterrecht, dem usus publicus an res publicae, durch letztwillige Verfügung geschaffen: es kann ein Privateigentümer auch durch Vermächtnis an seiner Sache den Gemeingebrauch begründen.

Konsequenter Weise hätte Ubbelohde auch hier mit den leichten privatrechtlichen Begründungsarten der Servituten operieren und zur Begründung der „öffentlichen Servitut“ an einer Sache eines Testators die einfache Vermächtnisverfügung genügen lassen müssen. So weit geht aber Ubbelohde nicht, und er zeigt damit wieder, dass seine Theorie von der „öffentlichen Berechtigung in re aliena“ nicht haltbar und von ihm selbst in keiner Beziehung konsequent durchgeführt ist. Er weicht in keiner Richtung von unserer Theorie ab, indem er sagt:

„Durch Vermächtnis des Eigentümers entsteht die Belastung seiner Sache mit dem Rechte des öffentlichen Gebrauches nicht ohne weiteres die legati veniente; es ist dazu unerlässlich, dass die zuständige Behörde des bedachten Gemeinwesens post diem legati venientem ihre Zustimmung zu der, vom Erblasser beabsichtigten, beschränkten Widmung der Sache für den öffentlichen

Gebrauch erklärt oder, genauer gesagt, dieser Absicht entsprechend ihrerseits jene Widmung vornimmt.“

Wir können hier Ubbelohde nur in jeder Beziehung beipflichten. Es ist in der That unerlässlich — handle es sich nun um die Widmung einer Sache zu einer öffentlichen durch letztwillige Verfügung¹, oder handle es sich um eine letztwillig dem Publikum an Privateigentum (Park) zugestandene Gunst —, dass in öffentlicher Form davon Kenntniss genommen wird. Es muss eine öffentliche Erklärung darüber vorliegen, ob die Gunst als angenommen zu betrachten ist, damit das Publikum nunmehr thatsächlich und rechtlich in die Lage kommt, sich demgemäss zu verhalten.

Ubbelohde erachtet sodann zur Begründung des *usus publicus an res privatae* ordentliche Ersitzung für genügend. Die dagegen vorgebrachten Bedenken, dass nämlich die Gesamtheit der einzelnen, z. B. das einen Weg benutzende Publikum nicht als Organ der Gemeinde bei der Ausübung der zur Ersitzung notwendigen Besitzhandlungen angesehen werden könne, sucht er mit folgender interessanter Begründung zu widerlegen: die lediglichen Ausübungshandlungen seitens der Gemeindeangehörigen genügen allerdings nicht, sondern es muss noch ein entsprechender Willensakt der Gemeindevertretung, dass sie sich mit den Ausübungshandlungen identificieren, vorliegen. So sei bei der Ersitzung einer Jagd-Gerechtigkeit der

1. Also das, was die Römer unter „*publicare*“ verstanden.

Stadt Göttingen die ordentliche Ersitzung für genügend erachtet worden, weil der Magistrat der Stadt Göttingen zugleich in seinem Wochenblatt während der Ersitzungszeit jedes Jahr vor Eröffnung der Jagd unter den bekanntgegebenen Jagdgebieten auch das streitige aufgeführt und damit seinerseits auch den entsprechenden animus pro civitate possidendi dargelegt habe.

Wir erklären das interessante Erkenntnis, das jedenfalls recht vereinzelt dazustehen scheint, in etwas anderer Weise. Erstens werden von Ubbelohde wiederum die von uns gesonderten Fälle einer Servitut zu Gunsten der Gemeinde und des usus publicus zu Gunsten des Publikums mit einander verwechselt. Der angeführte Fall scheint der ersten Kategorie anzugehören, und hier erscheint uns der angegebene Willensakt der Gemeinde vollauf genügend, aber allerdings auch erforderlich, da die Gemeinde als Repräsentantin ihrer Glieder sich äussern muss und sich durch letztere nicht vertreten lassen kann.

Zweitens lässt sich jedoch auch für die Fälle der zweiten Kategorie das von Ubbelohde gegebene Beispiel recht gut erklären. Durch die Einmischung des Magistrats und die öffentliche Kundgebung im Wochenblatt hat das ganze Verhältnis einen anderen Charakter angenommen und trägt sicherlich nicht mehr ein ausgeprägt privatrechtliches Gesicht, wie es der ordentlichen Ersitzung eigen ist. So erscheint uns dieses Auftreten des Magistrats in öffentlicher Form und somit als persona publica gewissermassen als Surrogat für das fehlende, aber sonst gebotene Erfordernis

eines publicistischen Charakters beim Begründungsakt des usus publicus. Wir haben hier eine Art konkludenter Handlungen des öffentlichen Rechts vor uns, wie sie das Privatrecht zahlreich bei der Begründung von Rechtsverhältnissen anwendet, und es besteht kein Grund, sie nicht für ausreichend zu erachten.

Man kann die Analogie des usus publicus an res privatae mit dem Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen auch so weit fortsetzen, dass man das Gesetz als Begründungsform heranzieht. Wir streifen hierbei das so umstrittene Gebiet der Legalservituten. Auch diese eigenartig römischen Gebilde müssen u. E. besser in 2 verschiedene Kategorien zerlegt werden. Vielleicht lässt sich in dieser Weise eine Lösung der so viel erörterten Streitfrage ermöglichen.

Die Römer kannten Fälle, in denen Privateigentum zu Gunsten bestimmter Subjekte, namentlich Nachbarn kraft gesetzlicher Bestimmung oder alt hergebrachter Satzung beschränkt war, und bestimmten Personen Befugnisse eingeräumt wurden, die nur ihnen zukommen und allen anderen verschlossen sein sollten. Wie nun auch sonst die Möglichkeit einer durch Rechtsatz begründeten Servitut nicht bestritten ist,¹ so kann u. E. auch hier² sehr gut eine gesetzliche Servitut angenommen werden.

Hier wird für bestimmte Personen ein Recht begründet. Zu scheiden sind jedoch hiervon die Ver-

1. Vgl. Dernburg, Pandekten I § 253.

2. Dernburg, a. a. O. I § 198 ff.

hältnisse, in denen nicht ein Recht für andere, als vielmehr an einer Sache eine gewisse objektive Gebundenheit geschaffen wird, welche einen Bestandteil des Eigentumes loslöst, ohne ihn irgend einem Subjekte zur Verwertung auszuliefern. Hier begegnet uns eine Einschränkung des Umfanges eines bestehenden Eigentumes, die gleichsam als der Niederschlag der im öffentlichen Interesse durch Machtwort des Staates (Gesetz) oder der Zeit geschaffenen Sicherheits- oder Nützlichkeitsregeln bezeichnet werden kann. Jede Sache hat sich dem bestehenden Recht unter- und einzuordnen, und indem sie innerhalb der ihr so gesetzten Grenzen nur in dieser Weise in die Erscheinung tritt, gleicht die ihr auferlegte Beschränkung nicht einem an ihr bestehenden Rechte, sondern weit eher einem für ihre rechtliche Anerkennung dem objektiven Rechte zu zahlenden Tribut.

Zu Fällen dieser Art gehören namentlich die baupolizeilichen Beschränkungen.¹ Der Name „Legal-servituten“ passt allerdings wenig zu ihrer Eigenart, denn sie stehen zwischen jenen kraft Gesetzes geschaffenen Servituten und den nunmehr zu erörternden Fällen, in denen zu Gunsten aller ohne Beziehung auf ein bestimmtes Subjekt nicht bloß eine Verpflichtung am Privateigentum, sondern auch eine allgemeine Berechtigung, also ein Gemeingebrauch durch Gesetz geschaffen wird.

Die Bindung des Privat-Eigentumes in diesem mehr socialen Interesse findet sich schon bei den

1. Vergl. auch Dernburg I. S. 463 Anm. 9.

Römern, allerdings nicht häufig.¹ Nur die l. 3 C. de metallariis 11,7 verrät ein Aufblitzen dieses mehr modernen Gedankens:

Cuncti, qui per privatorum loca saxorum veneam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent, cetero modo suis desideriis vindicando.²

Jedoch haben die modernen socialen Bestrebungen das weiter ausgebaut, was nach der angezogenen Stelle den Römern dunkel vorschwebte. Ein derartiger durch Gesetz gewährter usus publicus an res privatae ist mit der Zeit häufiger geworden, und namentlich im preussischen Recht begegnen wir heute manchen Fällen, dem wichtigsten auf dem Gebiet des Bergrechts in dem sog. Schürfen, das der Eigentümer von Grund und Boden jedem gestatten muss. Allzu häufig finden wir diese Fälle allerdings nicht; das liegt jedoch daran, dass der schwerfällige gesetzliche Apparat langsam arbeitet und insofern von grosser Gefahr ist, weil der von ihm geschaffene Zustand nur wiederum durch einen gesetzlichen Akt beseitigt werden kann. Um aber ein der Rechtsordnung und dem Wirtschaftsleben seiner Unterthanen höchst gefährliches Schwanken

1. Abgesehen von dem Beispiel des sog. Leinpfades (§ 4 J. de rer. div. 2,1).

2. Wir wollen die sich an diese Stelle knüpfende Kontroverse, ob die Bestimmung der lex, nach der allgemein Bergbau auf Privateigentum gegen Abgabe von $\frac{1}{10}$ des Ertrages an den fremden Eigentümer und $\frac{1}{10}$ an den Fiskus gestattet sein soll, als gemeines Recht zu betrachten ist, hier nicht weiter verfolgen. Vergl. Dernburg I § 198.

in der Gesetzgebung zu vermeiden, wird der Staat als Gesetzgeber vor dem Experimentieren zurückschrecken und nur die eklatantesten, wichtigsten und klarsten Fälle regeln. Die übrigen wird er jedoch lieber der Regelung durch andere Rechtsakte überlassen, die auch nicht gerade formlos und leicht zu handhaben, aber lange nicht so starr und so schwer zu korrigieren sind, wie die Gesetzesakte.

In dem Falle jedoch, wo, wie beim „Schürfrecht“, eine Berechtigung aller am Privateigentum besteht, liegt u. E. ein *usus publicus an res privatae* kraft Gesetzes vor.

β) bei der Aufhebung.

Die Aufhebung des *usus publicus an res privatae* zeigt nur wenige besondere Eigentümlichkeiten, die der näheren Erörterung wert sind. Auch hier ist stets festzuhalten, dass das publicistische Moment nicht fehlen darf, das hier gleichfalls erst den Vorgängen die rechtliche Beglaubigung, das Siegel rechtlicher Bedeutung aufdrückt.

Wie ein einzelner den Gemeingebrauch nicht für sich ersitzen kann, so ist es für ihn auch nicht möglich, darauf zu verzichten. Es könnte nur der Staat oder die betreffende zuständige Gemeinde auftreten, um mit einem *contrarius actus* in denselben Formen der Begründung das Privateigentum zu befreien. Der Verzicht des einzelnen ist bedeutungslos. Wenn er selber danach handelt, so übt er seinerseits den Gemeingebrauch nicht aus, aber das ist rein thatsäch-

licher, nicht rechtlicher Natur, indem er jeder Zeit wieder zur Ausübung schreiten kann und darf.

Eine Veräusserung, Vererbung wäre zwecklos, der Veräussernde oder Testierende besitzt nicht ein plus an Recht, das er dem andern gewähren könnte, denn dieser andere befindet sich in derselben Rechtslage und hat als Rechtssubjekt von vornherein denselben „Anteil an den Lebensgütern“, wie er.

Besonderer Beachtung gewürdigt wird von Ubbelohde (S. 141) der Fall des Unterganges durch Nichtgebrauch. Getreu seiner Theorie von der Quasi-Servitut oder der öffentlichrechtlichen Servitut hat er vorher (S. 140) erklärt:

„Die Befreiung eines Privatgrundstückes von einer dinglichen Belastung zwecks des öffentlichen Gebrauches geschieht ordentlicherweise durch Vertrag zwischen dem Grundeigentümer und der berechtigten Gemeinde, kraft dessen letztere auf ihre Gerechtsame verzichtet.“

Bei dem Untergang durch Nicht-Gebrauch macht Ubbelohde jedoch wieder eine Einschränkung. Er führt hier die l. 2 D. de via publ. et itin. publ. refic. 43,11 an:

Viam publicam populus non utendo amittere non potest.

Ubbelohde macht sich selbst den Einwurf, dass der Satz nur Bedeutung inbezug auf einen usus publicus an einem Wege über Privateigentum habe. Dem ist nur beizupflichten, denn inbezug auf den usus publicus an res publicae würde er etwas zu selbst-

verständliches sagen. Ubbelohde rechtfertigt den Satz folgendermassen (S. 143):

„eine private Servitut sei gegen die Gefahr, durch Nichtgebrauch unterzugehen, geschützt, da der jetzige Eigentümer des herrschenden Grundstückes sie nicht vernachlässigen, und sein etwaiger Rechtsnachfolger stets von ihrem Vorhandensein Kenntnis haben werde. Bei „öffentlichen Servituten“ sei die Gefahr der Vernachlässigung bedeutend grösser (sic!), da die einzelnen Berechtigten mit den Verhältnissen manchmal nicht genug vertraut, und die Beamten, welche die Benutzung im Einzelfalle anzuordnen haben, auch nicht zuverlässig seien und wechselten.“

Unter diesem Gesichtspunkt genügt Ubbelohde nicht die einfache Verjährung in 10 oder 20 Jahren, sondern er fordert ausserordentliche, also anscheinend einen publicistischen Akt.

Als Grund für diese Sicherung, die natürlich nur unseren Beifall finden kann, wird also nicht der öffentlichrechtliche Charakter des usus publicus hingestellt, sondern die Notwendigkeit, ihn wegen sonstiger Gefährdung zu schützen. Warum soll aber dieser Schutz durch gewisse erschwerende Namen den „öffentlichen Servituten“ nur bei der Aufhebung und nicht auch bei der Begründung, die doch sonst als Correlat analog gestellt zu sein pflegt, gewährt werden? Droht hier nicht gerade so manche Gefahr, namentlich wenn man mit Ubbelohde ordentliche Ersitzung für ausreichend erachtet?

Die Antwort bleibt Ubbelohde hierfür schuldig.

§ 6.

b. eine res privata.

Neben dem soeben erörterten publicistischen Akt ist nun für den *usus publicus an res privatae* als zweites Erfordernis die *res privata* zu nennen. Das belastete Eigentum muss einem Privatmann zustehen, sei es einer physischen oder juristischen Person.

Ausgeschlossen sind also die sog. öffentlichen Sachen, welche nach der herrschenden Ansicht im Eigentum des Staates oder der Gemeinde stehen. Was unter einer öffentlichen Sache zu verstehen ist, richtet sich aber nicht so sehr danach, ob an ihnen Eigentum einer *persona publica* begründet ist, als vielmehr nach dem Kriterium, ob es ihre Bestimmung ist, den öffentlichen Zwecken unmittelbar zu dienen.

Eine Aufzählung der öffentlichen Sachen, die eines Teils dem öffentlichen Dienst, wie Festungen, Gefängnisse etc., anderen Teils dem Gemeingebrauch des Publikums als solchem gewidmet sind, kann hier nicht am Platze sein.

Ihering (Zweck im Recht I. S. 469) spricht noch von einer dritten Art der *res publicae*, indem er zu ihnen auch die gemeinnützigen Stiftungen „in Bezug auf ihr soziales ökonomisches Bestimmungsverhältnis“ rechnet. Auch ihre Bestimmung ist es in der That, öffentlichen Zwecken unmittelbar zu dienen, und um dieser ihrer Zweckbestimmung wegen kann man sie ohne Bedenken unter die *res publicae* einreihen. Sobald jemand ein Stück seines Vermögens, etwa eine Bildergalerie, aus einer *res privata* zu einer Stiftung mit eigener Persönlichkeit macht, hat zwar nicht der

Staat oder eine Gemeinde an ihr Eigentum erlangt, aber das neue Eigentum wird von der öffentlichen Zweckbestimmung absorbiert und ist ihr zu Liebe überhaupt nur zur Entstehung gebracht. Es erscheint im Rechtsleben nun nicht mehr als *res privata*, sondern als ein Erzeugnis modern-socialer Entwicklung, als *res publica*.

Anders verhält es sich in den Fällen — wie Ihering (S. 473) mit Recht hervorhebt — in denen eine *res privata* von dem Stifter dem Staate mit der Auflage übereignet wird, sie stiftungsgemäss dem Gemeingebrauch zur Verfügung zu stellen. Hier liegt ein Fall des von den Römern öfter angewendeten *publicare* vor, eine Verwandlung einer *res privata* zu einer Sache des Staates, also zu einer regelrechten *res publica*.

Aber auch Ihering vermischt, wie die anderen, die beiden Kategorien, die wir oben geschieden haben, zu einer juristischen Konstruktion. Er scheidet (S. 470) unter den gemeinnützigen Stiftungen solche, bei denen der Gebrauch schlechthin jedem freisteht und solche, bei denen die Teilnahme an gewisse Bedingungen geknüpft ist, die nicht von dem Benefiziaten selber abhängen, z. B. Aufnahme in ein Witwenstift, Erteilung eines Stipendiums, oder bei denen (S. 471) eine bestimmte Kategorie, sei es eine weitere oder engere (Arme — Ortsarme — Ortsarme einer bestimmten Konfession; Witwen — Witwen schlechthin — von Staatsdienern — von Staatsdienern einer bestimmten Kategorie; — Studierende — Studierende einer Landesuniversität — eines bestimmten Faches —) berechtigt werden soll,

Er stuft damit den sog. Gemeingebrauch an gemeinnützigen Stiftungen, die, wie wir zeigten, den *res publicae* gleichstehen, eigenartig ab. Einmal erscheint er als voller Gemeingebrauch, der jedem zusteht, sodann aber als modificierter, der nur gewissen Personenklassen gewährt ist.

Da wir bisher als Fundament der Auffassung des Gemeingebrauches (sowohl an öffentlichen, wie an Privatsachen) als eines Individualrechtes das Fehlen der Beziehung zu nach Art oder Zahl bestimmten Berechtigten hingestellt haben, so stellen die Ihering'schen Deduktionen einen Einwurf dar, der nicht unwiderlegt bleiben kann.

Wir geben zu, dass die gemeinnützigen Stiftungen den *res publicae* gleich stehen, wir geben ferner zu, dass ein in angegebener Weise beschränktes Nutzungsrecht an ihnen z. B. zu Gunsten Ortsarmer, oder Armer überhaupt, möglich ist, jedoch wir bestreiten, dass uns hier ein reiner Gemeingebrauch entgegentritt.

Dieser sog. modificierte Gemeingebrauch ist u. E. eine durch letztwillige Verfügung (eben die Stiftung) an einer *res publica* begründete Servitut zu Gunsten eines grösseren personellen Kreises. (z. B. der Ortsarmen.) An den *res publicae* können, soweit ihr öffentlicher Zweck es erlaubt, Servituten begründet werden, und es besteht kein Hindernis, in dieser Weise auch eine modern erweiterte Servitut zu Gunsten grösserer Personenkreise, zu denen „Ortsarme“ doch sicherlich zu rechnen sind, zu begründen. Dass diese Servitut mit dem öffentlichen Zweck, den die Stiftung verfolgen

soll, nicht in Widerspruch steht, geht daraus hervor, dass sie gerade diesen öffentlichen Zweck zu erreichen sucht.

Wir haben in diesen Rechtsbildungen das interessante Gegenstück zu den Servituten zu Gunsten der Glieder einer Gemeinde, wie sie von letzterer an Privatsachen erworben werden. Wie hier der Privatmann an seiner Sache einem grösseren, doch bestimmt fixierten Kreise von Personen Rechte eingeräumt, ohne dass dadurch seine Sache eine andere wird, so bleibt auch dort die Sache eine *res publica*, eine Sache des Staates, wenn auch Berechtigungen zu Gunsten grösserer personeller Kreise an ihr bestehen.

Sie können mit den Rechtsgebilden nicht vermengt werden, bei denen nach Ihering's eigener Angabe (S. 466) die „unbestimmte Vielheit der Individuen“ berechtigt ist, also ein Subjekt, auf das „der Begriff des Eigentumes, als eines exklusiven Rechtes einer bestimmten Person, keine Anwendung finden kann.“

§ 7.

c. ein öffentlicher Zweck.

Das dritte Erfordernis des *usus publicus an res privatae* ist der öffentliche Zweck, der wenigstens mittelbar verfolgt wird.

Oeffentlich ist der Zweck aber dann, wenn er der Allgemeinheit zu Gute kommen, wenn eine Berechtigung geschaffen werden soll, die ohne Unterschied der Person, ohne jede nähere Modifikation dem Individuum, weil es existiert, weil es Mensch ist, gewährt wird.

Ferner soll dieser Zweck mittelbar von der be-

lasteten Sache verfolgt werden. Das heisst jedoch nicht, dass sie in erster Linie dem Privat-Eigentümer Nutzen und Gewinn bringen muss und nur geringfügige Vorteile für die Allgemeinheit gewähren soll. Im Gegenteil ist es wohl möglich, dass die Verpflichtung, mit der sie beschwert ist, fast alle Eigentumsbefugnisse dem Privatmann entzieht und sie für ihn fast nutzlos macht. Es ist genügend, aber auch unter allen Umständen erforderlich, dass ihre rechtliche Beziehung die Eigentumsfrage vollkommen intakt lässt, wenn im übrigen dieses Eigentum ähnlich wie bei dem sog. Ober-Eigentum (wie z. B. bei der römischen Emphyteuse) auch nur noch ein Schatten, eine thatsächlich bedeutungslose Rechtsform ist.

Dass die private Sache nur insoweit dem Eigentümer entzogen ist, als der öffentliche Zweck es erfordert, dass also — ähnlich wie bei einer Servitut — das Bedürfnis des Gemeingebrauchs für sie das Maximum ihrer Belastung darstellt, leuchtet ein. Schon die Römer sagten in l. 30 § 1 D. de A. R. D. 41,1:

Celsus filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur.

Dritter Abschnitt.

Der Schutz des usus publicus an den res privatae.

§ 8.

Zum Schutz des Gemeingebrauches bestanden in Rom Interdikte für einzelne genau specialisierte Fälle. Dass sie, wenigstens „soweit sie zum Schutz der Sonderinteressen des einzelnen Staatsangehörigen“ dienen, noch in Geltung sind, wird von den meisten Schriftstellern und vom Reichsgericht (Bd. I No. 59, Bd. VI No. 42) angenommen. Der usus publicus an res privatae wurde in Rom gleichfalls in den wenigen bekannten Fällen durch Interdikte geschützt.

Ihering verteidigt die Ansicht, dass in den Fällen des rechtlichen (im Gegensatz zu dem sog. faktischen) usus publicus an res privatae die Zurückweisung einer einzelnen Person, welche nicht etwa aus Gründen des öffentlichen Anstandes (z. B. Betrunkenheit) gerechtfertigt ist, mit der von ihm noch heute als gültig bezeichneten „konkreten“ actio injuriarum zu ahnden sei.¹ Die Unterscheidung Iherings in abstrakte und konkrete

1. Vergl. Ihering's: Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechtes. Band XXIII. S. 271.

actio injuriarum wird ja von den meisten Schriftstellern¹ verworfen, da auch bei der abstrakten Injurie stets das konkrete Verhältnis genannt werden müsse.² Ihering wendet sich gegen die bisherige Lehre, die davon ausgeht, dass die actio injuriarum stets, wenn auch allerdings subsidiär zuständig sei, wo die bewusste widerrechtliche Verletzung einer Person vorliege. Er sucht die injuria aus ihrem Begriff zu erklären und prüft namentlich, was der animus injuriandi sei und wann er vorliege. Nach Ihering sind dem animus injuriandi 2 Erfordernisse eigen.

1. Die Verletzung muss ein zweifelloses Recht, dessen Feststellung nicht mal der Erörterung bedarf, treffen, sie muss „an sich“ rechtswidrig sein.

2. Der Beleidiger muss offen auftreten und dadurch seiner Meinung Ausdruck verleihen, dass der Gegner wahrscheinlich zu „rechtsfeige“ sei, um sich zu wehren. Landsberg meint, dass Ihering die Präcisierung des animus injuriandi misslungen sei. Das erste Erfordernis widerlegt er mit dem Hinweis, dass es ein solches zweifelloses Recht, wie es Ihering vorschwebt, überhaupt nicht gebe. In Bezug auf das zweite Erfordernis sucht er an der Hand zweier Quellenstellen nachzuweisen, dass auch bei heimlichem Auftreten die actio injuriarum möglich sei. Nach alledem kommt Landsberg zu dem Schluss, dass man sich nicht

1. So namentlich von Dr. Ernst Landsberg: *Injuria und Beleidigung*, Bonn 1886.

2. Landsberg, a. a. O. S. 20.

mit Ihering von der bisherigen Lehre entfernen dürfe (S. 28).

Darin stimmt jedoch Landsberg, und mit ihm auch Dernburg, mit Ihering überein, das die *actio injuriarum* auch heute noch¹ in einigen Fällen anwendbar sei. Das St. G. B. hebt ja allerdings alles bisherige Strafrecht auf, soweit es „Materien“ betrifft, die Gegenstand des St. G. B. sind. Der Streit dreht sich bekanntlich darum, ob die *actio injuriarum* eine solche Materie ist, die im St. G. B. behandelt ist. Die Gegner der herrschenden Ansicht meinen, dass zwar die meisten der vielen vereinzelter Anwendungsfälle, aus denen die *actio injuriarum* als solche zusammengesetzt ist, durch die einzelnen §§ des St. G. B. erledigt sind, dass sich aber dennoch einige Fälle finden, die im St. G. B. nicht geordnet sind. Dernburg nennt diese Fälle die „indirekten Injurien“, Ihering die „konkreten Injurien“, Landsberg behauptet nur noch einen Anwendungsfall.

Auch wir sind der Meinung, dass die wenigen eigenartigen Fälle der *actio injuriarum*, die sich zumeist auf den Gemeingebrauch beziehen, nicht durch das St. G. B. abgeschafft sein können, weil es gar nicht der Wille des Gesetzgebers war, so entfernte Fälle zu treffen.

Dies geringe Anwendungsgebiet der *actio injuriarum* umfasst, wie angedeutet, zumeist die Störung im Gemeingebrauch. (l. 2 § 9 D. 43,8; l. 13 § 7 D. 47, 10.)

1. Die meisten Schriftsteller nehmen bekanntlich völlige Beseitigung der *actio injuriarum* im heutigen Recht nach §§ 185—200 St.-G.-B. und § 11 E. G. zur St. P. O. an.

Interessant für die Voraussetzung der injuria ist die l. 3 D. 47, 10. Hier wird davon gesprochen, dass im allgemeinen diejenigen, welche eine injuria erleiden, auch eine begehen können. Nur der Wahnsinnige könne keine begehen, wohl aber Gegenstand einer solchen sein. Darauf fährt § 2 fort:

itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat.

In dieser interessanten Stelle wird u. E. ein in der Litteratur bisher nicht genügend gewürdigtes Prinzip ausgesprochen. Die Richtung der injuria gegen eine bestimmte Person ist hiernach nicht nötig. Dass der animus injuriandi Vorsatz verlangt, geht aus der l. 3 § 1 l. c. hervor, wo gesagt wird, dass die injuria „ex affectu“ sein muss. Injuria selbst wird übereinstimmend erklärt als „jede absichtliche widerrechtliche Darlegung der Missachtung einer Person“. Die Beziehung der injuria aber auf eine bestimmte Person ist, trotzdem sie von den meisten Schriftstellern erfordert wird, nach den letzten Worten der angeführten Stelle: „etiamsi nesciat, cui faciat“ nicht notwendig. Es offenbart sich hier eine Art civiler dolus eventualis.

Soweit die Injurienklage in ihrer heutigen äusserst bestrittenen Anwendung. Die Frage des Schutzes des usus publicus an res privatae kann im Rahmen unserer Darlegungen nicht bis ins einzelne verfolgt werden; jedoch meinen wir, dass, wenn überhaupt Fälle der Ihering'schen konkreten Injurienklage zugestanden

werden, gerade der *usus publicus an res privatae* ein überaus treffender genannt werden kann. Er stellt ein Stück der Persönlichkeit dar, er potenziert das Individuum und verleiht ihm jenen Glanz, den ihm Ihering mit seiner Klage verschaffen und bewahren will. Er erbringt auch deshalb den Beweis, dass das Rechtssubjekt nicht bloß den krassen, realistischen Schutz der groben Alltagsklagen verlangt, sondern auch eine feiner organisierte Klage, die die Besonderheiten des einzelnen Falles deckt und einen gewissen idealen Schutz gewährt.

Es ist aber u. E. nicht erforderlich, den *usus publicus an res privatae* nur mit dieser subsidiären Injurienklage auszustatten. Auch die Interdikte können ohne Bedenken Anwendung finden. Infolge ihrer gemeinrechtlichen Umbildung werden die beim Gemeingebrauch mitspielenden öffentlichen Interessen von den Verwaltungsbehörden wahrgenommen, sodass diese Seite der Interdikte nunmehr ihre Geltung verloren hat. Zulässig sind dagegen nach übereinstimmender Ansicht die Klage zum Schutze besonderer Interessen der Staatangehörigen am Gemeingebrauch. In dieser Beziehung erscheinen sie als „umgestaltete Interdikte.“¹ Sie gewähren jedermann gegen jeden Schutz wegen jeder Behinderung im Gemeingebrauch. Voraussetzung ist allerdings ein bestimmtes Interesse des Klägers. Uebereinstimmung herrscht darüber, dass man es hier mit einem Privatanpruch zu thun hat. Aber auch

1. Ubbelohde S. 137.

dieser Umstand vermag u. E. unsere Auffassung des Gemeingebraches sowohl an res publicae wie an res privatae als Persönlichkeitsrecht, das dem Boden des öffentlichen Rechtes entstammt, nicht als verfänglich erscheinen lassen. Das Interdikt wird nur dann für den einzelnen als Privatrecht zuständig, wenn ein Vermögensinteresse für ihn in Frage kommt. Die Beziehung zum Vermögen giebt aber stets die Brücke, welche in das Gebiet des Privatrechtes führt. Kommt aber nicht so sehr das Interesse des einzelnen in Betracht, als vielmehr ein öffentliches, polizeiliches Interesse, z. B. bei der Gefährdung des Bestandes des Gemeingebraches selbst, so erscheint der Rechtsweg ausgeschlossen.

Der Privatanspruch des einzelnen, den ihm das „umgestaltete Interdikt“ gewährt, richtet sich nicht bloß gegen besondere Vorrichtungen, sondern gegen jede Behinderung in dem Gemeingebrach.¹ Dass er auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und auf Schadensersatz geht, wird überall ausgesprochen.² Endlich wird nach der vom Reichsgericht für richtig gehaltenen Ansicht (B. 21. S. 194) zur Begründung des Schadensersatzanspruches ein besonderes Verschulden des in Anspruch genommenen Störers nicht verlangt.

1. S. R.-G.-B. 21, S. 193.

2. S. R.-G.-B. 21, S. 192, R.-G.-B. 1, S. 158 und Windscheid, Pandekten § 467.

Anhang.

§ 9.

Der usus publicus an res privatae nach dem
A. L. R.

Das preussische Landrecht weicht in den von uns bisher erörterten Fragen fast gar nicht von dem gemeinen Recht ab. Seiner Eigenart getreu geht es auch hier den theoretischen Bedenken aus dem Wege und giebt kurze konkrete Erfahrungssätze, die so knapp sind, dass sie den Inhalt des Gemeingebrauches an Privatsachen überhaupt nicht erschöpfen. So kann man auch nur von einem im A. L. R. beispielsweise aufgezählten konkreten Fall abstrahieren, dass ein sog. usus publicus an res privatae ge- und anerkannt ist.

Im Teil II, Titel 15, § 41 heisst es:

„Uebrigens gehen durch die Schiffbarmachung eines Privatflusses¹ die Eigentumsrechte, soweit dieselben mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses bestehen können, noch nicht verloren.“

Auch Dernburg (S. 139 in seinem Preuss. Privat-

1. D. h. also — im Gegensatz zum gemeinen Recht — eines Flusses, der nicht schiffbar ist.

recht I. Band III. Auflage) hat keine Bedenken gegen das Bestehen des Gemeingebrauches an Privatsachen:

„Selbst im Eigentum von Privatpersonen finden sich derartige (den öffentlichen Zwecken dienende) Sachen nicht selten unvorgreiflich ihrem Dienst für das Allgemeine.“

Ist somit das Bestehen eines *usus publicus an res privatae* nach preussischem Landrecht nicht zu bestreiten, so bestehen inbezug auf seine juristische Struktur dieselben theoretischen Schwierigkeiten. Auch hier hat bisher niemand eine präzise Scheidung unternommen oder versucht, den Gemeingebrauch an Privatsachen juristisch unter Dach und Fach zu bringen. Was von uns oben für das gemeine Recht dargelegt worden ist, gilt also in jeder Beziehung auch für das preussische Landrecht.

Das A. L. R. sowohl als auch seine Interpreten enthalten aber, wie nicht unerwähnt bleiben möge, mancherlei mitunter streng positive Angaben, die vielfach eine Bestätigung unserer Anschauung darstellen; dass der Gemeingebrauch an Privatsachen als ein Gebilde des öffentlichen Rechtes und als Analogon des Gemeingebrauches an öffentlichen Sachen anzusehen sei.

Zur Schaffung des Gemeingebrauches durch letztwillige Zweckbestimmung sagt Dernburg (III. S. 446):

„auch sind die Verwaltungsbehörden für legitimiert erklärt, auf Erfüllung von Anordnungen zum allgemeinen Besten zu dringen, z. B. wenn der Erblasser verfügen würde, dass seine Gemäldesammlung erhalten und dem

Publikum geöffnet bleiben solle.“ (A. L. R. I. 12 § 514.)¹

Dass dem öffentlichen Charakter des usus publicus an res privatae gemäss auch ein publicistischer Begründungs-Akt erforderlich ist, bestätigt Förster² (I. S. 105):

„Die Verkehrsentziehung durch Privatverfügung muss, um wirksam zu werden, der Art sein, dass sie dritten Personen kenntlich wird“; (A. L. R. I. 4, § 16—19).

ähnlich Dernburg (I. S. 629):

„Wege erhalten die öffentliche Eigenschaft dadurch, dass der Staat oder eine Kommune auf ihrem Boden eine Landstrasse oder einen Gemeindeweg herstellen und dem Publikum zum Gebrauch überlassen, ferner dadurch, dass sie die Widmung einer Privaten gehörenden Strasse zum Gemeingebrauch genehmigen.“

Ueber den Schutz des Gemeingebrauches äussert sich Dernburg (I. S. 140), wie folgt:

„aus dem öffentlichen Gebrauch entspringt jedoch für den Privaten kein durch konfessorische Klage gegen den Staat verfolgbarer Anspruch, sondern nur eine durch das öffentliche Recht verbürgte Befugnis. Anmerkung 13: Eine andere Frage ist, ob ein Klagrecht gegen Private besteht, die uns im Gemeingebrauch stören. Dies ist u. E. für die Regel zu

1. Aehnlich bestimmt auch das B.-G.-B. im § 2194.

2. Förster, Preussisches Privatrecht III. Auflage. Berlin 1873.

bejahen, da auch private Interessen regelrecht durch Klage geschützt sind.“

Das B. G. B. hat die mit dem Gemeingebrauch an Privatsachen verknüpften echt sozialen Fragen in keiner Weise in den Kreis seiner Bestimmungen gezogen. Der bisherige Rechtszustand in dieser Beziehung, dem die Theorie hoffentlich mit der Zeit ein wenig mehr Beachtung schenken wird, bleibt somit bestehen.¹

1. Vergl. auch E. G. zum B.-G.-B. Art. 111.

Berichtigungen.

S. 18 vorletzte Zeile lies „mittelbar“ statt „unmittelbar.“ –

S. 20 Anm. 1 lies „öffentlichrechtliche“ statt „öffentliche.“ --

S. 61 Zeile 11 lies „dennoch“ statt „demnach.“

Thiele, Wilhelm

Das Wesen des Gemeingebrauches an den res privatae, unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Servituten, nach gemeinem Recht

Berlin 1898

J.rom.m. 486 u

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11866684-5